Vertretung beim Eigentumserwerb an beweglichen Sachen.

Vorgelegt von

PETER KLUMPEN

Dipl.-Ing.

Düsseldorf

Marburg
1932

Vertretung beim Eigentumserwerb an beweglichen Sachen.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Philipps-Universität

zu Marburg

Vorgelegt von

PETER KLUMPEN

Dipl.-Ing.

Düsseldorf

Marburg 1932

Druck von A. Bagel Akt.-Ges., Düsseldorf

Als Dissertation

von der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

angenommen am 4. Mai 1932.

Berichterstatter:

Geheimer Justizrat Professor Dr. Franz Leonhard.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555603_0114

Gliederung.

A. Die Vertretung des Erwerbers bei der Übertragung des Eigentums.

I. Die Einigung.

§ 1. 1. Einleitung. 11
§ 2. 2. Das Offenheitsprinzip 12
§ 3. 3. Geschichtliche Entwicklung unter besonderer Berücksichtigung des römischen Rechts 16
§ 4. 4. Die Bedeutung der Kausalbeziehung 19
5. Abweichende Ansichten 28
§ 5. a) Die Willenstheorie 28
§ 6. b) Das antizipierte Besitzkonstitut 33
§ 7. c) Die Interessentheorie 38
§ 8. d) Traditio ad incertam personam 39
§ 9. e) Die Kausaltheorie Lenels 47
§ 10. 6. Das Selbstkontrahieren des Vertreters, § 181 . . 50

II. Die Übergabe.

§ 11. 1. Der Besitz und sein Erwerb im römischen Recht 53
§ 12. 2. Der Besitzwille im Bürgerlichen Gesetzbuch . . 57
§ 13. 3. § 854 Abs. 2. 61
§ 14. 4. Der Erwerb des mittelbaren Besitzes gemäß § 868 66
a) Seine Voraussetzungen 66
§ 15. b) Die Bedeutung des Willens 72
5. Die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes durch die Übergabe 74
§ 16. a) Die Theorie Leonhards 74
§ 17. b) Die gegnerischen Ansichten 76
§ 18. 6. Die Besitzdienerschaft 83

III.

§ 19. Die Ausnahmen vom Offenheitsprinzip 88

IV.

§ 20. Die Rechtsprechung des Reichsgerichtes 91

V.

§ 21. Die Zuwendung der Sache an den Vertreter . . 95

B.

§ 22. Die Vertretung des Veräußerers bei der Übertragung des Eigentums 100

C.

§ 23. Die Vertretung bei Ersitzung, Vermischung, Verarbeitung 102

D.

§ 24. Die Vertretung beim Fruchterwerb und bei der Aneignung 106

Literaturverzeichnis.

Aravantinos: Die Anfechtbarkeit der Besitzübertragung. In: Jherings Jahrb. Bd. 48, S. 101 ff.

Biermann: Kommentar zum Sachenrecht. 1914.

v. Bonin: Ueber den Eigentumserwerb des Herstellers. In: Arch. bürg. Recht. Bd. 38.

Brach: Zu § 164 Abs. 2 BGB. In: Recht 1901 S. 558.

Bremer: Beitrag zur Lehre vom Besitzerwerb durch Stellvertreter. Zeitschr. f. Ziv. Recht und Prozeß. Bd. 11, S. 211 ff., Bd. 20, S. 25.

Bruck: Die Einigung im Sachenrecht. Diss. 1900.

Bruns: Besitzerwerb durch Interessenvertreter. 1910.

Cohn: Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht. 1931. In: Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht. Heymann, Ernst, Berlin.

Cosack-Mitteis: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts II. 1. Teil. 1913.

Crome: System des bürgerlichen Rechts. 1900.

Danz: Auslegung der Rechtsgeschäfte. 1911.

David: Stellvertretung ohne Kundgebung des Vertretungswillens. In: Recht 1901, S. 506 ff.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1896.

Dernburg: System des römischen Rechts. Berlin 1911.

Draganesco: Die Lehre vom Besitzerwerb durch Stellvertreter. 1916.

Eck: Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1903.

Ebbecke: Grenzen der Auslegung bei Rechtsgeschäften. In: Jherings Jahrb. Bd. 69, S. 1 ff.

Eger: Vertretung beim Eigentumserwerb. Diss. Gießen 1900.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Sachenrecht 1905.

Engel: Eigentums- und Besitzerwerb an beweglichen Sachen durch stille Stellvertretung. Diss. Breslau 1926.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Marburg 1926.

v. Gierke: Deutsches Privatrecht (Bindings Handbuch). 1895 bis 1917.
Goldschmidt: Grundlagen der Besitzlehre.
Grimm, Jakob und Wilhelm: Deutsches Wörterbuch. 1862.
Heußler: Institutionen des deutschen Privatrechts. 1885.
Heyne: Deutsches Wörterbuch. Leipzig 1890.
Hoeniger: Jurist. Wochenschrift 1926, S. 247.
Hupka: Die Vollmacht. 1900.
v. Jhering: Geist des römischen Rechts. Bd. III, 4. Aufl. Leipzig 1888.
— Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte. In: Jherings Jahrb. Bd. 1, S. 273 ff.
Isay: Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Jena 1900.
— Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäftes.
Jung: Der Eigentumsübergang beim Kommissionskauf. Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht Bd. 47, S. 183 ff.
Kniep: Der Besitz. 1900.
Klumpen: Vertretung bei der Verarbeitung. Diss. 1928.
Kohler: Vertrag und Übergabe. In: Arch. bürg. Recht Bd. 18.
— Das Autorrecht in: Jherings Jahrb. Bd. 18, S. 129 ff.
Kreß: Besitz und Recht. 1909.
Krückmann: Schadensliquidation aus fremdem Interesse. In: Jherings Jahrb. Bd. 56, S. 245.
Kuhlenbeck: Das Bürgerliche Gesetzbuch. 1. Band. 1899.
Langen: Eigentumserwerb und Verlust bei Kommissionsgeschäften. 1900.
Larenz: Die Methode der Auslegung. 1930.
Last: Fragen der Besitzlehre. In: Jherings Jahrb. Bd. 62, S. 1 ff.
Lehmann: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. 3. Aufl. 1928.
Lehmann-Ring: Das Handelsgesetzbuch. Bd. II. 1901.
Lenel: Stellvertretung und Vollmacht. In: Jherings Jahrb. Bd. 36, S. 1 ff.
Leonhard, F.: Vertretung beim Fahrniserwerb. 1899.
— Zu Isay: Die Geschäftsführung. In: Krit. Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. 3. Folge. Bd. 7.
— Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. In: Arch. ziv. Prax. Bd. 120, S. 14 ff.
Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft. Berlin 1907.
— Irrtum und Auslegung. 1918.

Matthiass: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 7. Aufl. 1914.
Meischeider: Besitz und Besitzschutz. 1876.
Mitteis: Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht. 1885.
Mumm: Zur Auslegung des § 164 BGB. In: Recht 1901, S. 137.
Müller-Erzbach: Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung aus der Interessenlage entwickelt. 1905.
Neumann: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1. Berlin 1903.
Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen. Allgem. Teil. 3. Aufl. 1927; Recht der Schuldverh. 1928.
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Planck-Greiff: Allgemeiner Teil. 1902.
Planck-Flad: Allgemeiner Teil. 1913.
Planck-Brodmann: Sachenrecht. 1927.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs.
Przibilla: Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Stellvertreter. In: Jherings Jahrb. Bd. 50, S. 323 ff.
— Zur Lehre vom mittelbaren Besitz. In: JW. Bd. 37. S. 395 ff.
Puchta: Pandekten. 1877.
Randa: Der Besitz nach österreichischem Recht.
Regelsberger: Über Besitzerwerb durch Mittelspersonen. In: Jherings Jahrb. Bd. 44, S. 394 ff.
Rehbein: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. Bd. 1. 1899.
Rohde: Studien im Besitzrecht. Abschn. XX. Düsseldorf 1909.
Rosenberg: Das Sachenrecht. I, 1. München 1919.
Rümelin: Das Handeln in fremdem Namen im BGB. Arch. f. ziv. Prax. Bd. 93, S. 131 ff.
v. Savigny: System des heutigen römischen Rechts. 1840.
— Das Recht des Besitzes. Wien 1865.
Sohm: Institutionen: Geschichte und System des römischen Privatrechts. 1928.
Staudinger: Kommentar zum BGB.
Staudinger-Riezler: Allgemeiner Teil. 1925.
Staudinger-Kober: Sachenrecht. 1925.
Stöver: Ist die Einigung im Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches ein Rechtsgeschäft? Diss. 1903.

Strohal: Der Sachbesitz nach dem BGB. In: Jherings Jahrb. Bd. 38, S. 137 ff.
Titze: Die Lehre vom Mißverständnis. 1910.
Tobias: Eigentumserwerb durch Verbindung. Im: Arch. ziv. Prax. Bd. 94, S. 371 ff.
v. Tuhr: Zur Lehre von der Anweisung. In: Jherings Jahrb. Bd. 48, S. 47 ff.
Wendt, O.: Der mittelbare Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuches. In: Arch. ziv. Prax. Bd. 87, S. 47 ff.
— Besitz und Besitzwille. In: Festgabe d. Univers. Jubil. Gießen 1907.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch der Pandekten. 9. Aufl. 1909.

A.

I. Die Einigung.

§ 1. Einleitung.

Die in den §§ 164 ff. BGB. geregelte Vertretung untersteht dem Oberbegriff der Mitwirkung Dritter bei Rechtsgeschäften. Eine solche kann in verschiedenen Formen vorkommen.

1. So, daß jemand beim Geschäftsschluß unterstützt. Er ist Gehilfe und für den Fall, daß seine Tätigkeit in der Übermittlung einer Willenserklärung besteht, Bote.

2. Wenn jemand in fremdem Interesse, aber in eigenem Namen tätig wird. Hierhin gehören die Fälle der sogenannten indirekten oder mittelbaren Stellvertretung. Die Mittelsperson handelt zwar in fremdem Auftrage, aber die Geschäftswirkungen treffen zunächst nur sie und erst durch die folgende Auseinandersetzung den Geschäftsherrn.

3. Endlich ist diese Mitwirkung so möglich, daß die Mittelsperson im Namen eines Dritten und mit unmittelbarer Wirkung für und gegen ihn handelt. Nur diese Fälle regelt das BGB. unter dem Titel Stellvertretung in den §§ 164 ff.

Es ist daher irreführend, von einem „indirekten Stellvertreter" zu sprechen[2]). Zwar sind sowohl der direkte wie der indirekte Stellvertreter „Geschäftsmittler", dieser aber wahrer Stellvertreter im Sinne der §§ 164 ff., jener nur „Ersatzmann", da seine Erklärungen zunächst nur für und gegen ihn wirken[1]). Aufgabe dieser Arbeit ist es, die Voraussetzungen des Eigentumserwerbs an beweglichen Sachen durch Mittelspersonen darzustellen, wobei insbesondere die häufigste

[1]) Vgl. Mot. S. 223; Oertmann Allgem. Teil Vorbem. § 164 Ziff. 6; Leonhard F., a. a. O., S. 5.

[2]) Jhering a. a. O., Bd. 1. S. 274; S. 312 ff.

Art des Erwerbes, die Eigentumsübertragung, zu berücksichtigen ist.

Nach § 929 BGB. ist zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll. Auch bei den folgenden Untersuchungen über die Vertretung beim Eigentumserwerb sind Einigung und Übergabe scharf zu trennen. Wir wenden uns zunächst dem Fall der Vertretung auf Seiten des Erwerbers zu. Der Buchhändler A übergibt dem B ein Buch für den Dritten C; unter welchen Voraussetzungen wird C Eigentümer?

§ 2. Das Offenheitsprinzip.

Es ist zu prüfen, ob eine wirksame Einigung zwischen A und C zustandegekommen ist. Die Einigung besteht aus den übereinstimmenden gegenseitigen Willenserklärungen der Parteien. Die Vorschriften der §§ 164ff. finden also Anwendung. Danach wirkt eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgibt, unmittelbar für und gegen den Vertretenen. Es wird ein Handeln innerhalb der Vertretungsmacht und im Namen des Vertretenen vorausgesetzt. Der Geschäftswille, in fremdem Namen zu handeln, muß natürlich immer vorhanden sein, da sein Fehlen unter Umständen zur Anfechtung führt. Aber sein Vorhandensein allein genügt nicht. Er muß auch dem anderen Teile erkennbar sein: die Vertretung muß offen sein. Dieses Offenheitsprinzip[1]) ist kennzeichnend für das geltende Recht der Vertretung. Gleichgültig ist, ob die Erklärung ausdrücklich im Namen des Vertretenen erfolgt, oder ob die Umstände ergeben, daß sie in dessen Namen erfolgen soll (§ 164 Satz 2.). Diese Folgerung ergibt sich

[1]) F. Leonhard, a. a. O., S. 2ff.

schon aus den allgemeinen Lehren über die Willenserklärung. Die besondere Erwähnung bei den Vorschriften über die Stellvertretung zeigt uns nur, welchen großen Wert das Gesetz auf die Betonung des Offenheitsprinzips gerade bei der Stellvertretung legt. Es geht noch einen Schritt weiter, wenn es in Abs. 2 des § 164 normiert: „Tritt der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervor, so kommt der Mangel des Willens, in eigenem Namen zu handeln, nicht in Betracht." Der Vertreter, der dem Dritten seine Vertretereigenschaft nicht erklärt, macht diesem erhebliche Momente, die nach seinem inneren Willen die Rechtswirkungen mitbestimmen sollen, nicht zugänglich. Es ist daher in jedem Falle verfehlt, die Geschäftswirkungen von diesen nicht erklärten kausalen Umständen in irgendeiner Weise abhängig zu machen. Hat der Vertreter den Willen, als Vertreter zu handeln, absichtlich verschwiegen, so liegt eine Mentalreservation vor, die nach § 116,1 nicht zu beachten ist[1]). Liegt ein Irrtum auf seiner Seite vor, so könnte er nach § 119 seine Willenserklärung anfechten; aber gerade dieses Recht ist ihm durch § 164 Abs. 2 entzogen worden. Jeder gibt seine Willenserklärung im Zweifel in eigenem Namen ab und darf sich nicht wundern, wenn er daran festgehalten wird. Der nicht offen handelnde Vertreter verpflichtet nur sich, und nur er wird auch berechtigt. Nur so sind die Vorschriften der §§ 164 ff. zu verstehen und auch von der herrschenden Meinung ausgelegt worden[2]). Entgegen dieser Ansicht

[1]) F. Leonhard, S. 4.

[2]) Oertmann Allgem. Teil 1927 zu § 164 d, α bis ε; Planck, Allgem. Teil zu § 164 Ziff. 3; Staudinger Vorbem. zu § 164 Ziff. 8, zu § 164 Ziff. 3 b; Enneccerus § 167, II, Anm. 4; F. Leonhard a. a. O., S. 7; Manigk Willenserklärung, S. 465, S. 155, S. 168; Krückmann a. a. O., S. 324; Matthiass S. 237; Rümelin, S. 208.

wird in der Literatur auch die Meinung vertreten[1]), daß sich der Dritte im Falle der nicht offenen Vertretung wahlweise an den Vertreter oder den Vertretenen halten könne. So legt Eck [2]) den Abs. 2 des § 164 dahin aus, daß die Mittelsperson sich „nur dem Gegner" gegenüber auf den Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht berufen könne. Sobald also die Interessen des Geschäftsgegners nicht entgegenstehen, könnten sehr wohl Wirkungen für und gegen den Vertretenen eintreten. Müller-Erzbach[3]) versucht ein „ideelles Recht" aus der Interessenlage heraus zu entwickeln. Er kommt zu dem Ergebnis, daß der Vertretene daraus unmittelbar berechtigt, aber auch neben dem Vertreter verpflichtet werde. Belege aus dem geltenden Recht hat Müller-Erzbach, von der ziemlich problematischen Berufung auf das singuläre Seeversicherungsrecht abgesehen, nicht angeführt. Ähnlich will Dernburg[4]) den § 392 Ziff. 2 HGB. wegen Gleichheit des Grundes auf andere Fälle erweitern. Gegen alle diese Versuche spricht jedoch der Wortlaut des § 164. Der Abs. 2 enthält eine unbedingt anwendbare unwiderlegliche Rechtsvermutung. Die Worte „dem Vertragsgegner gegenüber" stehen nun einmal nicht da. Ihre Einschiebung bedeutet eine willkürliche Ergänzung, die auch keineswegs durch den Nachweis gerechtfertigt wird, daß so in manchen Fällen eine billige Lösung ermöglicht würde[5]). Es bleibt somit bei der un-

---

[1]) Eck, Vortr. Bd. 1, S. 180; Mumm, Recht 1901, S. 137; David, ebenda, S. 506; Brach, ebenda, S. 558; Kuhlenbeck, Erl. 3 zu § 164; Müller-Erzbach, a. a. O., S. 39; früher auch Cosack, § 66 I, 1 c und Kipp-Windscheid, 8. Aufl., § 73.

[2]) A. a. O., S. 65, 66.

[3]) ebenda.

[4]) A. a. O., § 171 V, 1.

[5]) Vgl. Rümelin, a. a. O., S. 213 ff.

bedingten Anwendung des Offenheitsprinzips im Rechte der Stellvertretung.

Das Ergebnis entspricht auch der Billigkeit. Es ist unbillig, daß der Verkäufer einen Schuldner erhält, von dem er bei dem Abschluß des Vertrages gar keine Ahnung hat. Ist er zahlungsfähiger, so bedeutet dies für ihn einen Vorteil, der in keiner Weise gerechtfertigt ist[1]). Andererseits besteht die Möglichkeit einer unbilligen Schädigung des Vertretenen. Hat er, da dem Vertreter die Rechnung übersandt war, ihm auch den Gegenwert gegeben, den er ihm sonst nicht anvertraut haben würde, so trifft ihn selbst der Schaden, wenn seine Mittelsperson in Konkurs fällt[2]). Sodann erscheint es nicht unbedenklich, dem Geschäftsherrn die Rechte aus dem Vertrag unmittelbar zuzusprechen. Zwar scheint es für den Schuldner zunächst gleichgültig zu sein, wer ihm als Gläubiger gegenübersteht. Dem ist nicht so. Stehen dem Geschäftsherrn die einzelnen Rechte aus dem Vertrag zu, so ist es nach der Ansicht der Gegner nur folgerichtig, wenn er die ganze Rechtsstellung des Vertragsgenossen einnimmt. Der Auftraggeber einer Bank erwirbt also nicht nur die Rechte aus dem Kauf, er nimmt die ganze Rechtsstellung des Käufers ein. Nach seiner Person müßte sich der Umfang der Kaufansprüche und auch die Höhe des Schadens bei verspäteter Lieferung richten, wodurch den Verkäufer unter Umständen eine unerwartete und ungerechtfertigte Belastung trifft[3]). Ein weiteres Beispiel für die Schwierigkeiten, die sich aus der Eckschen Ansicht ergeben, führt Leonhard[4]) an: „Ein Kaufmann wohnt längere Zeit in einem Hotel, dessen Wirt allmählich wegen der Bezahlung Befürch-

[1]) Oertmann, Vorbem. 6 zu § 164.
[2]) Enneccerus, 1. Bd., § 167, Anm. 4.
[3]) Leonhard, a. a. O., S. 14.
[4]) Ebenda, S. 15.

tungen hegt. Der Wirt kauft deshalb seinem Gaste ein Dutzend silberne Löffel ab, um sich im Wege der Aufrechnung bezahlt zu machen. Als er aber aufrechnen will, erklärt ihm der Gast, daß er Reisender der Firma C. sei und in ihrem Namen verkauft habe. Daß der Wirt daher mit seinem Anspruch gegen ihn selbst nicht aufrechnen könne." Nimmt man mit Eck[1]) an, daß nur der Auftraggeber verpflichtet ist, so wäre dem Wirt die Möglichkeit der Aufrechnung genommen; ein Ergebnis, welches offenbar unbillig ist.

Mit der Feststellung der grundsätzlichen Bedeutung des Offenheitsprinzips dürfen wir uns nicht zufrieden geben, da die herrschende Meinung zwar allgemein dieses Prinzip anerkennt, aber doch für das Gebiet der Eigentumsübertragung mehr oder weniger Ausnahmen zuläßt. Wir wenden uns daher im folgenden speziell der Vertretung bei der Übertragung des Eigentums zu, wobei wir die Frage zu stellen haben: Gelten für die Vertretung bei der Eigentumsübertragung andere Rechtsgrundsätze als die des Offenheitsprinzips oder gibt es etwa bestimmte Ausnahmen von diesem Prinzip?

§ 3. Die geschichtliche Entwicklung unter besonderer Berücksichtigung des römischen Rechtes.

Das älteste römische Recht kennt keine Stellvertretung durch freie selbständige Personen mit unmittelbarer Rechtswirkung für den Vertretenen[2]). Die Gründe hierfür sind mannigfaltig. Obenan steht jedoch der förmliche Charakter der älteren zivilen Rechtsgeschäfte[3]); sofern sich aber doch das Bedürfnis nach einer Vertretung geltend machte, wurde dasselbe durch das Verhältnis der Sklaven und der Familiaren in vol-

[1]) A. a. O., S. 180 Anm. 2.

[2]) Ziff. 1. 6. § 3 C si quis alteri 4, 50; l. 11. de obl. et act. 44, 7.

[3]) Mitteis, a. a. O., S. 13; Sohm, a. a. O., S. 243; Dernburg, System, S. 211 ff.

lem Maße gedeckt. Diese Personen konnten nach altem Grundsatz für den pater familias auch in den zivilen Formalakten Rechte erwerben. Sie übertrafen an praktischer Brauchbarkeit den Prokurator und boten ihrem Gewalthaber die vollste Sicherheit, da sie für sich gar nichts erwerben konnten, sondern alles notwendig in seine Hand fiel. Es galt der Grundsatz: „Per liberas personas, quae in potestate nostra non sunt, adquiri nobis nihil potest." Erst das mit dem stärker werdenden Verkehr eindringende ius gentium mit seinen formlosen Rechtsgeschäften brachte die Stellvertretungsfreiheit auf sachenrechtlichem Gebiet[1]). Entwickelt hat sie sich an dem Institut des Prokurators, der mit „allgemeiner" Vollmacht für einzelne Geschäftszweige oder für alle Geschäfte (procurator omnium bonorum) dauernd als Vertrauensmann und Stellvertreter des Hausherrn bestellt war[2]). Was vom Prokurator galt, ist in analoger Anwendung der Stellvertretung auf andere Personen, z. B. den Vormund, später auf jeden Bevollmächtigten als „quasi procurator" übertragen worden[3]). Die Stellungnahme der römischen Quellen zu der streitigen Frage bestätigt unsere Auffassung durch eine Reihe von Stellen. Zunächst weisen mehrere Stellen darauf hin, daß die im fremden Auftrag tätig werdende Mittelsperson Besitz und Eigentum erwirbt, und noch eine zweite Tradition an den Geschäftsherrn notwendig ist[4]). Aber es wird auch ausdrücklich erwähnt, daß der Geschäftsherr unmittelbar Eigentum erwirbt, wenn der Mittelsperson die Sache nomine eius übergeben worden

[1]) Mitteis, a. a. O., S. 51; Regelsberger, a. a. O. S. 397; Lenel, a. a. O., S. 80 ff.

[2]) Paulus lib. sent. V., 2 § 2: sed per procuratorem adquiri nobis possessionem posse utilitas causa receptum est.

[3]) Sohm, a. a. O., S. 243 ff; Mitteis, a. a. O., S. 77.

[4]) 1. 59. D de acqu. rer. dom. 41,1; 1.135 § 2 D de verb. obl. 45,1; 1.74 D pro soc. 17,2.

ist[1]): 1.13 D. 41,1 de acqu. rer. dom.: „si procurator rem mihi emerit ex mandato meo eique sit tradita meo nomine, dominium mihi, id est proprietas, adquiritur etiam ignoranti". Man hat darüber gestritten, ob die Bezeichnung „meo nomine" bedeute, daß der Prokurator offen in fremdem Namen handele[2]). Mit Recht weist jedoch Leonhard[3]) darauf hin, daß, da das Auftragsverhältnis schon genügend gekennzeichnet ist, sich das meo nomine nur auf den Vorgang der Tradition beziehen kann.

Größere Schwierigkeiten bereiten die bekannten und anscheinend im Ergebnis auseinandergehenden Stellen 1.13 D de don. 39,5 und 1.37 § 6 D. de acqu. rer. dom. 41,1.

Julian D. 41,1: si, cum mihi donare velles, iusserim te servo communi meo et Titii rem tradere isque hac mente acciperet, ut rem Titii faceret, nihil agetur: nam et si procuratori meo rem tradideris, ut meam faceres, is hac mente acceperit, ut suam faceret, nihil agetur, quod si servus communis hac mente acceperit, ut duorum dominorum faceret, in parte alterius domini nihil agetur.

Ulpian D. 39,5: quid mihi donatum volebat, servo communi meo et Titii rem tradidit: servus vel sic accepit quasi socio adquisiturus vel sic quasi mihi et socio. Quaerebatur quid ageret et placet, quamvis servus hac mente acceperit ut socio meo vel mihi et socio adquirat, mihi tamen adquiri: nam et si procuratori meo hoc animo rem tradiderit, ut mihi adquirat, ille quasi sibi adquisiturus acceperit, nihil agit in sua persona, sed mihi adquirit.

---

[1]) 1.13 D. 41,1 de acqu.; 1.1 § 20 D. de acqu. 41,2.

[2]) Vgl. Last Jherings Jahrb. Bd. 62, S. 54 ff; Lenel, a. a. O., S. 87; Schloßmann, a. a. O., § 4 und § 17.

[3]) A. a. O., S. 18.

Die Literatur hat sich ergiebig mit der Lösung dieses scheinbaren Gegensatzes befaßt[1]). Es sei deshalb hier auf die ausführliche Darstellung der verschiedenen Ansichten verzichtet. Eingehend und überzeugend sind die Ausführungen F. Leonhards, mit denen im Ergebnis Lenel und für die Stelle 1.13 D. de dom. 39,5 auch Rümelin übereinstimmen. Danach hat Ulpian folgenden Sachverhalt vor Augen: Der Veräußerer erklärt dem Vertreter B, daß er dem C Eigentum übertragen wolle. Entgegen dieser Erklärung hat B die geheime Absicht, für sich selbst zu erwerben. Ulpian kommt zu dem richtigen Ergebnis, daß trotz dieses inneren Willens des B dem C Eigentum erworben werde. Die offen hervortretende Richtung der Tradition ist maßgebend. Julian geht demgegenüber von folgendem aus: A tradiert dem Vertreter B, ohne weder ausdrücklich noch stillschweigend etwas über die Richtung der Veräußerung zu erklären. Während A jedoch dem C tradieren will, nimmt B die Sache in Besitz in der nicht kundgegebenen Absicht, für X erwerben zu wollen. Da Dissens vorliegt, wird weder X noch C Eigentümer.

Wir finden also in den römischen Quellen die Ansicht bestätigt, daß bei der Vertretung beim Fahrniserwerb die Richtung der Veräußerung sich nach dem richtet, was beim Veräußerungsvertrag offen hervorgetreten ist.

§ 4. Die Bedeutung der Kausalbeziehung.

Kommen wir so zu dem Ergebnis, daß das Offenheitsprinzip grundlegend für die Beurteilung der Rechts-

[1]) Mitteis, Stellv., S. 140; Windscheid, Pand., § 155 Nr. 7; Bremer Zeitschr. f. Ziv. Recht u. Proz. Bd. 11, S. 249; F. Leonhard, a. a. O., S. 18 ff.; Lenel, a. a. O., S. 64 ff.; Rümelin, a. a. O., S. 252; v. Savigny, Recht des Besitzes, S. 306 ff.; Regelsberger, a. a. O., S. 403.

wirkungen ist, so darf demgegenüber nicht übersehen werden, daß wir damit in vielen Fällen keine Lösung finden. Wir haben bisher vorausgesetzt, daß Tradent und Empfänger erkennbare Willenserklärungen abgeben. Dieser Fall bereitet nach dem Vorhergehenden keine Schwierigkeiten. Anders aber, wenn zwar rechtsgeschäftliche Erklärungen vorliegen, aber ihr Inhalt aus dem Übertragungsakt nicht unmittelbar zu entnehmen ist[1]); oder noch schwieriger, wenn eine Willenserklärung im Rechtssinne überhaupt nicht vorliegt. Letzteres ist häufig von dem erstgenannten Falle kaum oder gar nicht zu unterscheiden.

Kauft B im Auftrage des A, aber ohne dies kundzugeben, bei einem Buchhändler ein Buch, so wird es diesem bei Barzahlung regelmäßig gleichgültig sein, wem er Eigentum überträgt[2]). Die Hingabe des Buches an die Mittelsperson bedeutet weder eine Willenserklärung, daß er dieser das Eigentum übertragen wolle, noch, daß ein Dritter Eigentümer werde, von dem der Verkäufer nichts weiß. Man könnte geneigt sein, mit Rümelin[3]) den Inhalt der Traditionserklärung dahin anzunehmen: ich übergebe dir für dich oder für einen anderen, den es angeht. Aber auch dieses ist nicht richtig. Abgesehen davon, daß der Verkäufer im Augenblick nie weiß, ob er es möglicherweise mit einer Mittelsperson zu tun hat, und es schon deshalb verfehlt ist, ihm diese Denkweise willkürlich zu unterschieben, macht er sich überhaupt keine Gedanken darüber, wer wohl Eigentümer wird. Daß er Eigentum verliert, ist ihm bewußt. Hiermit ist für ihn die Angelegenheit zu

[1]) Vgl. Rümelin, a. a. O., S. 232.

[2]) Lenel, a. a. O., S. 72, 73; Regelsberger, a. a. O., S. 405; F. Leonhard, a. a. O., S. 31 ff; Rümelin, a. a. O., S. 218 ff.; Oertmann, Allgem. Teil zu § 164,1c; Lehmann, Allgem. Teil, 1928, § 36, IVc, S. 273.

[3]) Rümelin, a. a. O., S. 231 ff.

Ende. Unsere Aufgabe ist es daher, die fehlende Willenserklärung zu ergänzen[1]). In diesem Zusammenhange sei auch auf die bekannte, bei Lenel[2]) erwähnte Umfrage bei einer Reihe Hamburger Kommissionäre hingewiesen. Die Frage lautete: ob sie bei Ausführung ihrer Kommissionen den Willen hätten, das Eigentum am Kommissionsgut für sich oder für den Kommittenten zu erwerben. Die einstimmige Antwort lautete, daß sie sich außerstande sähen, die Frage zu beantworten. Ihr Wille gehe dahin, die Kommission auszuführen. Die Eigentumsfrage zu entscheiden, sei nicht ihre, sondern der Juristen Sache. Wir sehen, daß es auf seiten der Mittelsperson an einer Willenserklärung, d. h. an einer Erklärung des Willens, eine bestimmte Rechtsfolge zu erzielen, mangelt.

Wir kommen somit zu der Frage, nach welchen Regeln eine Ergänzung der nicht erklärten Vertragsbestandteile erfolgen darf. Über die Zulässigkeit einer ergänzenden Auslegung besteht in der Rechtslehre wohl kaum Zweifel[3]). Streitig ist jedoch, wann eine solche Ergänzung statthaft ist[4]). Zusammenfassend läßt sich sagen, daß eine Ergänzung über die Deutung des Geschäfts (Auslegung) hinaus unzulässig ist. Ein Unterschied zwischen eigentlicher Auslegung und ergänzender

---

[1]) F. Leonhard, a. a. O., S. 31 ff.

[2]) Lenel, a. a. O., S. 49.

[3]) F. Leonhard, Arch. ziv. Prax. Bd. 120, S. 41 ff.; Ebbecke, Jherings Jahrb. Bd. 69, S. 18 ff.; Larenz, a. a. O., S. 92 ff.; RGR. Komm. zu § 157, Anm. 1; Oertmann, Allgem. Teil zu § 133, 6a, b, zu § 157,1 β; Staudinger zu § 157,4; Planck zu § 133,5; Enneccerus, Allgem. Teil, § 192 II; RG. in RGE Bd. 87, S. 213; Bd. 92, S. 417; in JW. 1912, S. 190, Nr. 5.

[4]) Vergl. die ausführliche Darstellung F. Leonhards ebenda, S. 41 ff.; neuerdings Larenz S. 92 ff.

Auslegung ist daher nicht vorhanden[1]). Auch die eigentliche Auslegung haftet ja nicht am Wortsinn, sondern fragt, was die Erklärung nach dem „ganzen erklärenden Verhalten" der Parteien bedeuten mußte, und welche Bedeutung dem Erklärenden zurechenbar ist. F. Leonhard unterscheidet zwischen den echten und unechten Lücken. Erstere liegen vor, wenn das Geschäft selbst eine Lücke läßt, wenn der Vertrag unvollständig ist und er ohne Ergänzung gar nicht angewendet werden kann. Hier ist die Ausfüllung durch Deutung möglich. Anders, wenn der Vertrag selbst lückenlos ist und nur die Billigkeit für eine Ergänzung spricht. Sie ist nur statthaft, wenn sie sich aus den Regeln der Auslegung ergibt.

Wir haben im vorhergehenden zwei Fälle unterschieden:

1. Die Übergabe der Sache an den Mittler erfolgt zwar so, daß auf eine rechtsgeschäftliche Traditionserklärung der Veräußerers aus den sonstigen Umständen zu schließen ist, sich jedoch nicht unmittelbar aus dem Traditionsakt ergibt.

2. Die Möglichkeit, daß eine rechtsgeschäftliche Erklärung überhaupt nicht vorliegt.

Im ersten Falle ist der Sinn der Erklärung durch Auslegung festzustellen. In letzterem handelt es sich um eine sogenannte echte Lücke, deren Ergänzung ebenfalls durch Auslegung erfolgt. Die rechtliche Behandlung ist also gleich. Die Frage ist demnach, welche Tatsachen für die Auslegung verwendet werden dürfen, und nach welchen Regeln diese Tatsachen zu deuten sind.

Die Auslegung ist Sinndeutung des Erklärungstatbestandes[2]). Es folgt daraus, daß die Feststellung dieses

[1]) Vgl. auch Danz, Auslegung, S. 75; v. Tuhr, Allgem. Teil, S. 545.

[2]) Oertmann, Allgem. Teil zu § 133,2; F. Leonhard, Auslegung, S. 17.

Tatbestandes vor der Auslegung liegt und scharf von ihr zu trennen ist. Aber darin liegt auch, daß die Auslegung nicht etwa den inneren Willen der Parteien feststellen will[1]). Schwieriger ist die Frage der Abgrenzung des Erklärungstatbestandes[2]). Häufig wird die Ansicht vertreten, Gegenstand der Auslegung sei die „Abschlußformel"[3]), welche aus den Vorverhandlungen[4]), oder aus den Vorverhandlungen, die zum Abschluß geführt haben[5]), oder aus den bei Abgabe der Erklärung erkennbaren Vorverhandlungen[6]) zu deuten sei. Demgegenüber führt Leonhard mit Recht an, daß es meistens gar nicht möglich ist, den Tatbestand des eigentlichen Abschlusses von den früheren Verhandlungen zu trennen. Gegenstand der Deutung ist vielmehr das gesamte Erklärungsverhalten der Parteien. Abschlußformel und Vorverhandlungen stehen gleichwertig nebeneinander. Sie gehören beide zur „Erklärung"[7]).

Fragen wir uns, was in unserem besonderen Falle neben dem Traditionsakt zum Erklärungsverhalten der Parteien gehört, so gibt es nur eine Möglichkeit: der obligatorische Vertrag einschließlich seiner Vorverhandlungen. Damit ist die Frage nach dem zu deutenden Erklärungstatbestand beantwortet. Nach welchen Re-

[1]) Oertmann, Allgem. Teil zu § 133,1; Planck, Allgem. Teil zu § 133,1; Staudinger, Allgem. Teil zu § 133,2 und 4; F. Leonhard, ebenda, S. 15; Larenz, a. a. O., S. 72; a. A. Enneccerus, Allgem. Teil zu § 192 I,1.

[2]) Vgl. die eingehende Darstellung bei Leonhard, Auslegung, S. 17 ff.

[3]) Oertmann, Allgem. Teil zu § 133,2.

[4]) RGR. Komm. zu § 133; Oertmann, ebenda.

[5]) Planck zu § 133,3 b.

[6]) Staudinger zu § 133,3.

[7]) Oertmann, Arch. ziv. Prax. Bd. 117, S. 296; Isay, Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäftes; Leonhard, Arch. ziv. Prax. Bd. 120, S. 21.

geln erfolgt nun die Deutung? Die Ansichten gehen auseinander. Es würde zu weit führen, sie eingehend darzustellen, und interessiert nicht sehr, da gerade hier in den weitaus meisten Fällen die Ergebnisse übereinstimmen werden. Es wird daher im wesentlichen auf die einschlägige Literatur verwiesen[1]).

Man unterscheidet objektive[2]) und subjektive[3]) Auslegung. Die erstere beschränkt die Auslegung dahin, daß das Material nur aus dem ganzen erklärenden Verhalten entnommen werden darf: eine Beschränkung auf das Objekt der Deutung. „Nur noch die allgemeinen Deutungsregeln und das sonstige Allgemeinwissen dürfen außerdem hinzugefügt werden[4])." Unter subjektiver Auslegungslehre verstehen wir sowohl die, welche auf den wirklichen Willen des Erklärenden zurückgeht[5]), wie auch diejenige, welche den Standpunkt des Empfängers maßgebend sein läßt[6]) (Eindruckstheorie). Es sei hier von der für richtig erachteten objektiven Auslegungslehre ausgegangen. Die Ausführungen Larenz', der neuerdings wieder die Eindruckstheorie verteidigt, halten wir bereits für widerlegt durch F. Leonhard (S. 100 ff., S. 107 ff.).

Die Richtung der Veräußerung ist daher nach dem objektiven Sinn des zugrunde liegenden obligato-

---

[1]) Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte; F. Leonhard, Arch. ziv. Prax. Bd. 120, S. 14 ff.; Manigk, Irrtum und Auslegung; Titze, Lehre vom Mißverständnis; Larenz, Auslegung.

[2]) F. Leonhard, a. a. O., S. 47 ff.; Rümelin, Arch. ziv. Prax. Bd. 93, S. 233 ff.; Danz, ebenda; Titze, ebenda.

[3]) Jhering in Jahrb. 4, S. 72; Planck zu § 157,2 zu; § 133,2; Larenz, ebenda; aber auch Oertmann zu § 133,4.

[4]) F. Leonhard, ebenda, S. 55.

[5]) Enneccerus, Allgem. Teil zu §§ 192, 193; Staudinger zu § 133,3.

[6]) Planck zu § 133,2; zu § 157,2; Oertmann zu § 133,4; Larenz, S. 72.

rischen Vertrages einschließlich seiner Vorverhandlungen zu bestimmen. Dabei ist das Verhältnis der causa zum abstrakten Verfügungsgeschäft wesentlich. Das abstrakte Geschäft selbst ist farblos. Es erhält seine Bedeutung durch die causa. Anders ausgedrückt: Der durch die causa festgelegte Zweck soll durch die Verfügung erreicht werden. Nur so kann auch der Schluß von der causa auf die Richtung der Veräußerung gestattet sein[1]). Als causa des Veräußerers kommt in Betracht: Schuldbefreiung oder Schenkung. Bei der Schenkung wird in der Regel der Zweck dahin gehen, gerade dem Beschenkten die Sachen zukommen zu lassen. Schwieriger ist es bei der causa der Schuldbefreiung. Wem muß der Schuldner übertragen, um seine Schuld zu tilgen? Gläubiger des obligatorischen Vertrages ist nach § 164,2 die Mittelsperson. Daraus folgt, daß der Schuldner ihm erfüllen muß, da nach § 362 das Schuldverhältnis erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird.

Dieses wird zwar von Rümelin[2]) bestritten. Das Kausalgeschäft der Zahlung oder Schenkung komme auch mit dem Geschäftsmittler zustande, wenn dieser für einen anderen erwerbe, geradeso wie es zustande käme, wenn mit seiner Ermächtigung an einen Dritten gezahlt würde. Der Veräußerer erreiche daher seinen Zweck in beiden Fällen durch eine Eigentumsübertragung an denjenigen, für den der Geschäftsmittler erwerben wolle. Dies ist nicht richtig. Rümelin[3]) versucht, ebenso wie F. Leonhard, die streitigen Fragen auf dem Wege über die objektive Deutung des Kausalverhältnisses zu lösen, wobei er allerdings zu einem abweichenden Ergebnis gelangt. Aber gerade aus dem Wesen der objektiven Auslegung folgt, daß es falsch ist,

[1]) F. Leonhard, Fahrnis, S. 31.
[2]) A. a. O., S. 233.
[3]) A. a. O., S. 232 ff.

wenn Rümelin eine Ermächtigung des Mittlers an den Veräußerer hineininterpretiert, die in dem Erklärungsverhalten beider Parteien keinen Ausdruck gefunden hat.

Man könnte geneigt sein, gegen die hier vertretene Auffassung einzuwenden, daß sie die causa des Veräußerers zu stark betont[1]). Sie muß aber naturgemäß in den Vordergrund treten. Schon Leonhard[2]) weist darauf hin, daß der Zweck des Veräußerers und der des Erwerbers nicht auf gleicher Stufe stehen. Die Aufopferung eines Vermögensstückes durch den Veräußerer bedarf dringend der Begründung. Der Zweck des Erwerbers ist weniger wichtig; vergleichbar „etwa dem Motive, das den anderen zur Bezahlung seiner Schuld veranlaßt — wie das Drängen des Gläubigers oder eine bevorstehende Reise". Aber auch praktische Gründe führen zu einer Bevorzugung der causa des Veräußerers. Wir sind von den Fällen ausgegangen, bei denen die Richtung der Veräußerung sich nicht unmittelbar aus den Einigungserklärungen ergibt. Es ist dann durch Auslegung festgestellt worden, daß die Erklärung des Veräußerers dahin geht, dem Gläubiger des Kausalverhältnisses zu übertragen. Die Einigung kommt als Vertrag durch Antrag und Annahme zustande. Können wir also nachweisen, daß die Erklärung des Veräußerers sich als Antrag darstellt, so muß sie auch Vertragsinhalt werden, da gerade in diesen Fällen eine widersprechende Erklärung des Mittlers nicht vorliegt. Zunächst ergibt sich durch die objektive Auslegung des Erklärungsverhaltens der Mittelsperson keine abweichende Einigungsäußerung, welche die Grundlage eines Antrages sein könnte. Weiter spricht der tatsächliche Vorgang der Übergabe dafür, die durch Auslegung gefundene Erklärung des Veräußerers als Antrag aufzufassen. Die Hingabe liegt zeitlich vor der Abnahme,

[1]) Engel, a. a. O., S. 12.
[2]) Fahrnis, S. 33.

so daß die damit verknüpfte Erklärung nur als Antrag angesehen werden kann. Da diesem in unseren Fällen nicht widersprochen wird, muß nach den allgemeinen Regeln sein Inhalt zum Vertragsinhalt werden[1]).

Zusammenfassend läßt sich also sagen: Die Richtung der Veräußerung bestimmt sich grundsätzlich nach dem Inhalt der Einigung. Sei es, daß dieser durch die übereinstimmenden Einigungserklärungen beider Parteien oder durch die unwidersprochene Äußerung einer Partei feststeht. Sei es, daß der Inhalt durch Auslegung des ganzen erklärenden Verhaltens der Parteien gefunden werden muß. In letzterem Falle erfolgt im Zweifel die Veräußerung an den Gläubiger des Kausalverhältnisses[2]).

Wie aber, wenn die Übertragung in Rücksicht auf ein Kausalverhältnis erfolgt, welches etwa angefochten worden ist oder aus anderen Gründen nicht besteht? Hier ist zu beachten, daß das Zurückgehen auf das Kausalverhältnis nur zum Zwecke der Auslegung erfolgt. Dabei kann es für die Deutung der Einigungserklärungen gleichgültig sein, ob das Kausalverhältnis zu Recht besteht oder die Parteien ein solches irrtümlich annehmen. Der Mittler erwirbt also auch Eigentum, wenn der Kaufvertrag nichtig ist, ihn aber als Gläubiger bezeichnet[3]). Die römischen Quellen weisen eine entsprechende Entscheidung vor[4]). In anderen Fällen geht der Inhalt der Einigung weder unmittelbar noch mittelbar aus dem Erklärungsverhalten der Parteien hervor. Diese Fälle werden überaus selten sein; aber

[1]) Vgl. Draganesco, a. a. O., S. 90.

[2]) F. Leonhard, Fahrnis, S. 36; Biermann, 1914 zu § 929,3 b β. Vgl. auch Planck, § 164,5 b; Matthiass, 1914 § 161 V; grundsätzlich auch Regelsberger, Jherings Jahrb. Bd. 44, S. 408 ff.; Manigk, Willenserklärung, S. 465 ff.

[3]) Ebenso Lenel, a. a. O., S. 58; Leonhard, Fahrnis, S. 35.

[4]) § 1 1. 57 D. 12,6 de cond. ind.

sie kommen doch, wie Leonhard[1]) zeigt, vor. Hier ist das Eigentum nicht übergegangen, da eine Richtung der Veräußerung gar nicht bestimmt werden kann. Ebenso wird Eigentum nicht übertragen, wenn die Einigungserklärungen auseinandergehen. Dabei sei ein bei Draganesco[2]) angeführtes Beispiel erwähnt. „Ein bekannter, aber insolventer Stellvertreter A eines Juweliers B kommt in das Geschäft eines Uhrenfabrikanten C, um eine gute goldene Uhr für sich zu kaufen. C hatte telephonisch mit B einen Kaufvertrag über eine gute goldene Uhr bereits abgeschlossen. C, in Gedanken, daß A für seinen Geschäftsherrn B die Uhr auswählen wolle, übergibt dem A eine Uhr und erklärt ihm: ‚Hier haben Sie eine gute goldene Uhr, mit welcher B zufrieden sein wird.' A steckt die Uhr ein und erwidert zugleich: ‚Wen meinen Sie mit B? Ich kaufe die Uhr doch für mich; schicken Sie mir bitte die Rechnung zu.' Darauf verläßt er sofort das Geschäft." Während C dem B die Uhr übertragen will und dieses auch erklärt, geht die Äußerung des A auf dessen eigenen Erwerb. Eine Einigung kommt also nicht zustande, so daß mangels dieser kein Eigentum übergehen kann[3]).

§ 5. Die Willenstheorie.

Wir wenden uns bei der Kritik der verschiedenen abweichenden Ansichten zunächst den Willenstheorien zu. Innerhalb dieser gehen die Meinungen auseinander, je nachdem, ob man dem Willen des Vertreters oder dem Willen des Veräußerers maßgeblichen Einfluß auf die Richtung der Übertragung einräumen will. Die herrschende Ansicht des gemeinen Rechts[4]) betrachtete den

[1]) Fahrnis, S. 23, 24, 34.

[2]) A. a. O., S. 91.

[3]) Vgl. auch Bremer, a. a. O., Bd. 11, S. 249 ff.

[4]) Windscheid, Pandekten, § 155; Dernburg Pand. Bd. 1, § 180; Randa, a. a. O., S. 470; Wangerow, Pandekten, § 311, Anm. 1; Mitteis, Stellv., S. 141; Meischeider, a. a. O. S. 274.

Willen des Mittelsperson als ausschlaggebend. Aufgestellt von Donellus[1]), wieder aufgenommen von Puchta[2]) und insbesondere von Bremer)[3], ist sie auch für das bürgerliche Recht vertreten worden[4]). Bremer meint[5]), daß bei der Übertragung der übereinstimmende Wille des Auftraggebers und des Beauftragten entscheidend sei: der Wille des ersteren, durch den Mittler zur Machtstellung über die Sache zu gelangen, der Wille des letzteren, für den Geschäftsherrn in Empfang zu nehmen. Gleichgültig sei, ob dieser Wille in dem Auftrage mit deutlichen Worten ausgesprochen sei, oder ob er sich aus dem sonstigen Inhalt des Auftrages und in Verbindung mit den begleitenden Umständen als stillschweigende Voraussetzung ergebe. Wenn auch Bremer den übereinstimmenden Willen des Herrn und des Mittlers für maßgebend hält, so ist letzten Endes doch der Wille des Mittlers bestimmend, da regelmäßig der dem Auftrag entsprechende Wille des Herrn vorauszusetzen ist[6]). Gegen diese Lehre ist in der Literatur[7]) mit Recht angeführt worden, daß zunächst nicht immer ein solcher Wille vorhanden sei, daß bejahendenfalls er sich nicht immer oder nur schwer nachweisen läßt, und als weiteres wesentliches Moment die Unbilligkeit der Ergebnisse[8]).

---

[1]) Donellus, V, 10 § 6.

[2]) Puchta, Pand., § 148, S. 226.

[3]) Bremer Zeitschr. f. Ziv. Recht und Prozeß Bd. 11, S. 211 ff.; Bd. 20, S. 25 ff.

[4]) Endemann, Einführung, Bd. 2, S. 163.

[5]) Bremer, a. a. O., S. 50, Bd. 20.

[6]) Vgl. auch Staudinger zu § 929 IV, 2 b β.

[7]) Insbesondere Leonhard, Fahrnis, S. 40 ff.; Lenel, a. a. O., S. 43 ff.

[8]) Auf die römischen Quellen ist hier nicht eingegangen. Vgl. aber die eingehenden Widerlegungen der herrschenden Ansicht bei Lenel und Leonhard.

Der Wille des Mittlers ist regelmäßig weder auf eigenen noch auf fremden Erwerb gerichtet. Zwar werden die Gedanken eines Laien bei der Übertragung auf irgendeinen wirtschaftlichen Enderfolg gerichtet sein. Aber dieses genügt nicht. Der Unterschied zwischen obligatorischem und dinglichem Geschäft ist dem Nichtjuristen fremd. Er wird zwar daran denken, daß er verpflichtet ist, die Sache dem Geschäftsherrn zu verschaffen, sie ihm herauszugeben; aber der Gedanke, daß davon unabhängig, abstrakt die Möglichkeit besteht, den Eigentumserwerb des Herrn unmittelbar oder mittelbar durch eine zweite Übertragung zu bewirken, ist ihm unverständlich. Sein Wille wird daher regelmäßig nicht darauf gerichtet sein, den dinglichen Rechtsverlauf zu beeinflussen. Daß dem so ist, beweist die bekannte, bei Lenel[1]) erwähnte Umfrage bei den Hamburger Kommissionären. Und hier haben wir es mit Kaufleuten zu tun, welche am ehesten über den rechtlichen Verlauf unterrichtet sein müßten.

Aber selbst wenn man einen solchen Willen voraussetzt, wie schwierig ist es zu beweisen, in welche Richtung er geht! Die gegnerische Meinung hat sich daher eingehend damit befassen müssen. Bremer sucht jenen inneren Willen in jedem einzelnen Fall aus den Umständen zu erschließen. Dagegen läßt sich zunächst einwenden, daß die Folge eine starke Rechtsunsicherheit wäre. Häufig aber ist ein sicherer Schluß auf den inneren Willen der Mittelsperson gar nicht möglich. Man hat versucht, den Willen aus der Interessenlage festzustellen[2]). Der Kommissionär z. B. habe den inneren Willen, für sich zu erwerben, wenn er für seine Ersatzforderung keine Deckungen habe. Aber dieses Mittel versagt, wenn die Deckung zweifelhaft, mehr oder

[1]) A. a. O., S. 46.

[2]) Bremer, a. a. O. Bd. 11, S. 249; hier berührt sich Willens- und Interessentheorie. Vgl. Lenel, a. a. O., S. 53.

weniger sicher ist[1]). Auch wird dabei die Kenntnis der besonderen Rechte vorausgesetzt, welche der Eigentümer im Konkurse eines Dritten besitzt[2]). Mitteis[3]) vermutet einen dem Auftragsverhältnis entsprechenden Willen des Geschäftsmittlers und beachtet nicht, daß er trotzdem einen abweichenden Willen haben kann, wenn er etwa treulos handelt. Selbst dies ist nicht notwendig, wie folgender Fall zeigt: „A hat schon seit langem beschlossen, ein bestimmtes Buch zu kaufen. Nun wird er von seinem Freunde B beauftragt, diesem das gleiche Buch zu kaufen. A will die Bücher erstehen, erfährt aber in der Buchhandlung, daß nur ein einziges Exemplar vorhanden ist; die Auflage sei vergriffen. Ob eine neue erscheine, sei ungewiß. A kauft darauf das vorhandene Buch und erhält es." Mitteis muß hier zu dem Ergebnis kommen, daß B unmittelbar Eigentum erwirbt, trotzdem zum mindesten die Möglichkeit besteht, daß A das Buch für sich erwerben will. Der wirkliche innere Wille wird eben nicht berücksichtigt, da man ihn nicht feststellen kann.

Das Beispiel zeigt gleichzeitig, zu welchen unbilligen Ergebnissen man bei Anwendung der Willenstheorie gelangt. Deutlicher noch macht das Urteil des Reichsgerichts in RGE. Bd. 30 S. 142 klar, wohin die Gegenmeinung führt[4]). Der Mittler hatte den Auftrag, ein bestimmtes Pferd zu kaufen. Dieses Pferd wurde ihm jedoch von dem Eigentümer geschenkt. Berufungsgericht und Reichsgericht stellten fest, daß Besitz und Eigentum unmittelbar dem Auftraggeber erworben worden seien. Der Mittler habe schon bei Empfangnahme des Pferdes bei sich die Absicht gehabt, dasselbe dem Auftraggeber zu erwerben, um diesem

[1]) Lenel, a. a. O., S. 49; Leonhard, Fahrnis, S. 42.
[2]) Lenel, ebenda.
[3]) Stellv., S. 148.
[4]) Vgl. Leonhard, a. a. O., S. 43; Lenel, a. a. O., S. 79.

den entsprechenden Kaufpreis anzurechnen. Es besteht hier nicht einmal die obligatorische Pflicht, das geschenkte Pferd herauszugeben. Trotzdem noch hinzukommt, daß der Schenkungsvertrag und ebenso die dingliche Einigung darauf gerichtet sind, den Mittler zum Eigentümer zu machen, hat das Reichsgericht den inneren Willen des Mittlers für ausschlaggebend erachtet.

Bisher wurde vorausgesetzt, daß der Wille des Mittlers während der Tradition einheitlich sei. Aber welcher Wille soll etwa maßgebend sein, wenn der Geschäftsmittler seinen Willen vielleicht mehrfach ändert? Es kann ihn niemand daran hindern.

Man könnte entgegnen, daß der nicht geäußerte Wille als reservatio mentalis nicht beachtet werden dürfe. Das ist zwar richtig, wenn man darunter versteht, daß der Wille dem Vertragsgegner gegenüber kenntlich sein muß; dann ist es aber richtiger, die Erklärung des Mittlers für wesentlich zu erachten und nicht den Umweg über den inneren Willen zu machen. Soll dagegen genügen, wenn der Mittler seine Absicht irgendwie äußert, so ist der Begriff des geheimen Vorbehalts verkannt[1]). Geheim ist bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen alles, was dem Gegner gegenüber nicht erklärt wird.

Savigny[2]) vertritt die Ansicht, daß der Wille des Tradenten die Richtung der Veräußerung bestimmt. Dagegen ist einzuwenden, daß dem Veräußerer häufig gleichgültig ist, wer die Sache erwirbt. Sein Wille geht also in keine bestimmte Richtung. Auch sonst sprechen viele der oben angeführten Gründe gegen die einseitige Betonung der Absicht des Tradenten. Zusammenfassend läßt sich also sagen, daß die Willenstheorien nicht geeignet sind, klare und billige Entscheidungen zu ermöglichen.

[1]) Leonhard, Fahrnis, S. 45.

[2]) Savigny, Recht des Besitzes, S. 306.

§ 6. Das antizipierte Besitzkonstitut.

Den Willenstheorien nahe steht die Lehre des antizipierten Besitzkonstituts[1]), da sie ebenfalls genötigt ist, zur Begründung der unmittelbaren Übertragung auf den Vertretenen auf den Willen des Mittlers zurückzugehen. Das Wesen des antizipierten Besitzkonstituts zeigt sich an folgendem Beispiel: „A beauftragt den B, für ihn eine Sache zu erwerben, welche sich augenblicklich im Besitz und Eigentum des C befindet. A schließt nach dieser Ansicht damit einen dinglichen Übereignungsvertrag gemäß den §§ 929, 930 mit der Maßgabe, daß durch diesen Konstitutvertrag bei dem zukünftigen Besitzerwerb des B sofort das Eigentum auf A übergeht."

Diese Lehre ist in der Weiterentwicklung der Übertragung durch Konstitut gemäß § 181 entstanden. Zunächst verlegte man lediglich den Zeitpunkt des Selbstkontrahierens auf den Augenblick, in welchem der Mittler den Besitz erlangte. So spricht Enneccerus[2]) von einer „weiteren Übertragung des Vertreters an den Vertretenen", die gleichzeitig mit der Tradition an den Vertreter vollendet sei. Daraus ergibt sich, daß man folgerichtig die für § 181 erforderliche Kenntlichkeit dorthin verlegen mußte[3]). Das Reichsgericht verlangte dementsprechend für den endgültigen Besitz- und Eigentumserwerb eine äußerlich in die Erscheinung tretende Ausführungshandlung, die den Übertragungs-

[1]) Enneccerus, Allgem. Teil § 167, II; Biermann, 1914 zu § 930,1 b; v. Tuhr, Jherings Jahrb. Bd. 48, S. 47 ff.; Staudinger zu § 930,1,b δ; Goettelmann, a. a. O., S. 9 ff.; Engel, a. a. O., S. 31 ff.; Langen, a. a. O.; insbesondere RGE. Bd. 100, S. 193, 109, 169.

[2]) Allgem. Teil zu § 167, II; vgl. auch Plank zu § 929.

[3]) So Staudinger-Kober 1925 zu § 930,1 b δ; Planck-Brodmann zu § 929,5; zu § 930,2; RG. in RGE. Bd. 73, S. 418; Bd. 99, S. 209/10; Gruchot, Bd. 53, S. 1049; JW. 1912, S. 798.

willen erkennbar macht. (RGE. Bd. 99 S. 209.) Es genüge, wenn der Wille des Anschaffenden, die neu erworbenen Gegenstände als Eigentum eines anderen zu besitzen, für diesen erkennbar in die Erscheinung trete. Daß die Eigentumsübertragung auch für Dritte erkennbar sei, könne bei dem gesetzlich als Ersatzmittel zugelassenen Besitzkonstitut nicht gefordert werden[1]). Von einem echten antizipierten Besitzkonstitut, d. h. von einer vorweggenommenen Einigung, kann jedoch dabei nicht die Rede sein. Handelt es sich um eine unmittelbare Übergabe vom Veräußerer an den Mittler, so wird die dem Geschäftsherrn gegenüber notwendige Äußerung des Übertragungswillens[2]) in den weitaus meisten Fällen, in denen diese Kenntlichkeit gegeben ist, dem Veräußerer ebenfalls tatsächlich kenntlich sein, falls sie nur im Augenblick der Übergabe abgegeben wird. Das Eigentum geht dann aber nicht auf den Herrn über, weil nach vorweggenommener Einigung zwischen Herrn und Mittler dieser den Besitz erlangt, sondern weil anzunehmen ist, daß bei der unwidersprochenen Äußerung des Mittlers die Einigung mit dem Veräußerer dahin zustandegekommen ist, daß der Geschäftsherr erwerbe. Regelmäßig aber wird bei Mangel der Kenntlichkeit zunächst die Übergabe erfolgen, das Eigentum damit nach dem Kausalverhältnis auf den Mittler übergehen und dann, wenn auch zeitlich oft sich anschließend, erst durch Weiterübertragung nach § 181 auf den Geschäftsherrn. Später gehen das Reichsgericht und die Literatur einen Schritt weiter. Man erachtete die Erklärung des Übertragungswillens durch den Mittler dem Herrn gegenüber nicht mehr für notwendig, da jener Wille entsprechend dem Auftragsver-

[1]) RG. in JW. 1912, S. 798.

[2]) Nur Planck verlangt abweichend objektive Kenntlichkeit.

hältnis zu vermuten sei. So meint Enneccerus[1]), das Geschäft des Konstituts setze sich aus den zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen ausgetauschten Erklärungen zusammen, daß die demnächst stattfindende Besitzergreifung für den Vertretenen erfolge und auf ihn Eigentum übertrage, sowie aus der Besitzergreifung selber, deren Sinn nach jenem Einverständnis auszulegen sei. Vermittelnd Flad[2]), es komme darauf an, ob das Einverständnis noch in dem Zeitpunkte bestehe, wo der Vertreter den Besitz erwerbe. Bestimmend seien die Umstände des Falles. Entschieden aber hat sich die Praxis des Reichsgerichts[3]) auf obigen Standpunkt gestellt. So äußert sich das Reichsgericht in Bd. 100 dahin: „Ist zwischen dem Mittler und dem Herrn ein Verhältnis nach § 868 vereinbart, und hierzu zählt auch ein Auftrag, hat ferner der Vertreter zur Zeit der dinglichen Einigung und Besitzübertragung durch den Veräußerer den mit dem Willen des Auftraggebers übereinstimmenden Willen, das Eigentum für seinen Auftraggeber zu erwerben, so wird dieser vermittels constitutum possessorium Eigentümer; die tatsächliche Vermutung, daß der Wille des beauftragten Stellvertreters beim Erwerbe des Eigentums dem Auftrag entspricht, wird aber auch ganz allgemein schon durch die Erwägung gerechtfertigt, daß sonst der Beauftragte wider Treu und Glauben verstoßen würde." Für die Frage der Eigentumsübertragung wird also die Beweislast umgekehrt. Nicht dem Mittler muß unter Umständen bewiesen werden, daß er die Absicht, dem Geschäftsherrn zu erwerben, gehabt und erklärt hat, sondern er muß beweisen, den gegenteiligen Willen, nämlich für sich zu erwerben, gehabt zu haben.

---

[1]) Allgem. Teil 1928, § 167, Anm. 5.

[2]) Planck-Flad, 1913, § 164,5 c.

[3]) RGE. Bd. 100, S. 193; 109, S. 170.

Mit obiger Entscheidung ist das Reichsgericht praktisch zu jener Lehre zurückgekehrt, welche den Eigentumserwerb von dem Willen des Vertreters abhängig macht. Alle schon erwähnten Bedenken lassen sich daher auch gegen diese Ansicht anführen: Ein rechtsgeschäftlicher Wille ist fast nie bei dem Vertreter vorhanden; selten ist der Beweis zu erbringen, in welche Richtung dieser mögliche Wille geht, so daß die Vermutung des Reichsgerichts eine außerordentliche Belastung des Mittlers darstellt; es ist unbillig, die Interessen des Mittlers und die des Veräußerers zu übergehen. Es sei im Zusammenhang mit den Interessentheorien darauf zurückgekommen.

Die herrschende Meinung versucht auf folgende Weise ihre Ansicht rechtlich zu begründen: Der dingliche Vertrag an sich sei vollkommen abgeschlossen, wenn der Geschäftsherr den Mittler beauftrage, für ihn eine Sache zu beschaffen[1]). Zu seiner Wirksamkeit sei aber noch notwendig, daß der Mittler den Besitz erwerbe. Es sei also zu fragen, ob es rechtlich zulässig sei, daß die Einigung der Übergabe vorangehe. Dieses sei zu bejahen. Zunächst bedeute die Gegenwartsform des § 929, wonach die Parteien über die Eigentumsübertragung einig sein müssen, nicht, daß die Einigung erst im Augenblick der Übergabe zustande gekommen sein müsse[2]). Vielmehr genüge es, wenn die vorherige Einigung noch im Augenblick der Übergabe anhalte[3]). Auch der § 930 BGB. dürfe nicht zu wörtlich ausgelegt werden[4]). In den meisten Fällen sei der Verfügende schon Eigentümer, und an diesen nächstliegenden Fall habe der Gesetzgeber gedacht, ohne jedoch andere Möglichkeiten ausschließen zu wollen. Die einzige

[1]) Enneccerus, Allgem. Teil, § 167.
[2]) Engel, a. a. O., S. 32.
[3]) RGE. Bd. 109, S. 171.
[4]) v. Tuhr in Jherings Jahrb. Bd. 48, S. 47 ff.

Einschränkung, die aus dem Wortlaut des § 930 hervorgehe, sei die, daß der Eigentumsübergang nicht früher vollendet sei, als bis der Veräußerer den Besitz erlangt habe.

Auch sonst seien Fälle denkbar, in denen die Einigung der Übergabe vorausgehe, wie folgendes Beispiel zeige[1]): „Nach der dinglichen Einigung zwischen dem Käufer A und dem Verkäufer B beauftragt A den C, für ihn den Besitz der Sache zu erwerben; der Beauftragte C weiß nicht, daß der Besitzerwerb zugleich Eigentumserwerb sein soll." Aber es ist zunächst nicht richtig, von einer vorhergehenden „dinglichen" Einigung zu sprechen. Weiter geht das Eigentum auf A nicht etwa auf Grund der „vorweggenommenen Einigung" über, sondern weil im Augenblick der Übergabe der Einigungsvertrag mit Richtung auf A zustande kommt. B erklärt durch die Übergabe an C, daß er entsprechend dem Kausalverhältnis veräußern will. A erklärt durch das Schicken des Boten stillschweigend, daß er dem obligatorischen Vertrag gemäß erwerben möchte[2]). Die Annahme einer vorweggenommenen Einigung ist also weder richtig noch notwendig, um den unmittelbaren Erwerb des Herrn zu begründen.

Die Möglichkeit eines antizipierten Konstituts wird von vielen Autoren abgelehnt[3]). Mit Recht wird auf den Wortlaut des § 930 hingewiesen. Die in § 930 geregelte Erwerbsart hat ebenso wie die des § 929 zur Voraussetzung, daß dem Erwerber Besitz verschafft

---

[1]) Engel, a. a. O., S. 32.

[2]) Nicht notwendig ist, daß der Bote den Inhalt der Willenserklärung und die Art ihrer Übermittlung kennt.

[3]) Enneccerus-Wolff, § 66 IV, § 67 I,2; Lenel, a. a. O., S. 68 ff.; Regelsberger, Jherings Jahrb. Bd. 44, S. 406; Kohler, Arch. bürg. Recht Bd. 18, S. 29; Leonhard, Fahrnis, S. 46; Draganesco, a. a. O., S. 95, Anm. 322.

werde, wenn auch nur mittelbarer Besitz[1]). Es muß also sowohl bei einer Übertragung nach § 929 wie nach der des § 930 der Veräußerer Besitzer zur Zeit der Übertragung sein. Die vorweggenommene Einigung kann daher keine sachenrechtliche Bedeutung haben[2]). Sie mag allenfalls eine obligatorische Pflicht des Mittlers enthalten, dem Geschäftsherrn Eigentum zu erwerben[3]). Ob dem Geschäftsherrn unmittelbar Eigentum erworben wird, kann sich nur danach richten, ob im Augenblick der Übergabe an den Mittler die Voraussetzungen der §§ 929 ff. gegeben sind. Es ist daher willkürlich, wenn das Reichsgericht über die Interessen des Mittlers hinweg vermutet, daß bei dem Vorliegen eines Auftrags der Mittler den Willen habe, dem Herrn zu erwerben, und diesen Willen auf Grund der Konstruktion eines antizipierten Konstituts maßgebend sein läßt.

Eine Folge dieser Vermutung ist die durch nichts gerechtfertigte Beschränkung der Erwerbsfähigkeit des Mittlers, so daß Lenel[4]) seine Stellung sogar mit der eines römischen Sklaven vergleichen konnte: „Der Mittler soll, wenn auch nicht aus allen Geschäften, so doch aus Geschäften gewisser Art, ohne daß irgend etwas auf seinen Willen oder die Art seines Kontrahierens ankäme, kraft Rechtsnotwendigkeit für einen anderen erwerben."

§ 7. Die Interessentheorie.

Eine andere Lehre sucht die Frage des Eigentumserwerbes unabhängig von dem Willen der Parteien zu entscheiden. Jhering[5]) hält für maßgebend, ob der Empfänger ein Interesse daran habe, den Besitz vor-

[1]) Lenel, a. a. O., S. 69; Leonhard, ebendort; Draganesco, a. a. O., S. 94.

[2]) Dies gibt auch Planck zu § 930 Bem. 2 zu.

[3]) Lenel, F. Leonhard, ebendort.

[4]) A. a. O., S. 78.

[5]) Besitzwille, S. 379.

erst für sich zu erwerben oder nicht. Dabei sei jedoch nicht die konkrete Interessenlage des einzelnen Falles zu betrachten[1]), sondern die regelmäßige typische Interssengestaltung. So habe der Kommissionär in der Regel Deckungsansprüche gegen den Kommittenten und erwerbe daher selbst Besitz und Eigentum. Gleichgültig sei, ob der Vertreter den Willen habe, für sich oder einen Dritten zu erwerben. Handle er als Ersatzmann, so habe er regelmäßig ein Interesse daran, selbst zu erwerben, da er in eigenem Namen Verpflichtungen übernommen und unter Umständen Auslagen gemacht habe. Trete der Mittler dagegen in fremdem Namen auf, so erwerbe er für den Geschäftsherrn, da er dann regelmäßig kein Interesse an eigenem Erwerb habe.

Gegen die Ansicht Jherings spricht, daß dabei die Interessen des Mittlers gegenüber denen des Geschäftsherrn einseitig betont werden[2]). Aber auch die Annahme der regelmäßigen Interessengestaltung je nachdem, ob der Mittler bei dem Grundgeschäft in eigenem oder in fremdem Namen auftrete, ist nicht zu billigen[3]). Häufig handelt der Mittler in eigenem Namen, wobei ihm Auslagen nicht entstanden oder vom Herrn bereits gedeckt sind. Auf der anderen Seite kann er in fremdem Namen auftreten und doch Ersatzforderungen gegen den Geschäftsherrn haben.

§ 8. Die „traditio ad incertam personam".

Einflußreicher auf die Ansichten über den dinglichen Verlauf bei dem Erwerb durch Mittelspersonen ist die Lehre der sogenannten traditio ad incertam personam

[1]) Hiergegen wendet sich vor allem Lenel, a. a. O., S. 53 ff., der davon ausgeht, daß Jhering die konkrete Interessenlage berücksichtige. Vgl. aber Jhering, Geist des römischen Rechts, 3. Teil, §§ 60, 61.

[2]) Draganesco, a. a. O., S. 98; F. Leonhard, a. a. O., S. 50.

[3]) Ebenda.

gewesen. Betont Jhering zu sehr das Interesse des Mittlers, so werden nach dieser Ansicht die Interessen des Geschäftsherrn einseitig geschützt. Es ist daher gerechtfertigt, wenn wir sie im Anschluß an die Interessentheorie einer Kritik unterziehen. Schon für das gemeine Recht wird erwähnt, daß ein unbestimmter animus in Beziehung auf die Person des Gegenkontrahenten möglich sei[1]). So allgemein bei Mitteis[2]), Hölder[3]), aber auch eben in Beziehung auf die Tradition, wie bei Bremer. Diese Lehre wurde von Jung[4]) und Rümelin[5]) wieder aufgegriffen und hat vielfach Zustimmung gefunden[6]).

Eingehend hat Rümelin seine Ansicht begründet. Er weist zunächst nach, daß obligatorische Verträge so zustande kommen können, daß die eine Partei mit demjenigen abschließt, den das Geschäft nach der augenblicklich schon vorhandenen, allerdings ihr unbekannten Sachlage angeht. Rümelin[7]) meint zwar, dies widerspreche dem Offenheitsprinzip, doch kann das nicht zugegeben werden. Dadurch, daß diese Unbestimmtheit in den beiderseitigen Erklärungen bestimmt worden ist, ist dem Offenheitsprinzip Genüge getan[8]). Rümelin folgert dann weiter, daß dieses ebenso von dinglichen Verträgen gelten müsse, also auch von der Einigung. Dabei dürfe es keinen Unterschied

[1]) Rümelin, Arch. ziv. Prax. Bd. 93, S. 218.

[2]) Stellv., S. 124, S. 138 ff.

[3]) Pand., S. 296.

[4]) Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. Bd. 47, S. 183 ff., insbes. S. 191.

[5]) Rümelin, ebendort.

[6]) Planck-Flad zu § 164,5 b β; Planck-Brodmann zu § 929; Staudinger-Kober zu § 929,2 b β; Oertmann 1927 zu § 164,1 e β; Cosack, § 198, III,2 b; Endemann, II, § 39; Rehbein zu § 164 Bem. 3 b; Crome, System III § 400 Nr. IV,1; Hoeniger in JW. 1926, S. 247; vgl. auch RG. in Gruch. Bd. 67, S. 322; RG. 100, S. 192; Langen, a. a. O., S. 99 ff.

[7]) A. a. O., S. 231.

[8]) Vgl. Leonhard, S. 97.

machen, ob eine solche Erklärung ausdrücklich abgegeben sei oder ob sich dieser objektive Sinn der beiderseitigen Erklärungen aus den Umständen ergebe[1]). So weit dürften die Ausführungen Rümelins unstreitig sein. Schwierigkeiten aber treten auf bei der Beurteilung der Frage, wann ein solcher objektiver Sinn zugrunde gelegt werden darf. Rümelin gelangt zu der Ansicht, daß dieses die Regel sei, indem er sich hauptsächlich auf das Beispiel des Barkaufs stützt[2]).

Diese Folgerung geht jedoch zu weit und ist auf starken Widerspruch gestoßen[3]). Nur das Reichsgericht scheint ihr in etwa beigetreten zu sein[4]). Der Veräußerer hat häufig ein Interesse daran, an eine bestimmte Person zu übertragen. Bei der Schenkung kommt es ihm gerade auf die Person des Empfängers an. Ein starkes Interesse liegt auch vor bei allen Übertragungen unter Kreditgewährung[5]), weiter bei der Schulderfüllung, wenn der befreiende Erfolg davon abhängig ist, daß das Eigentum der zu übergebenden Sache gerade an den Gläubiger des Kausalverhältnisses übertragen werde. Nicht einmal beim Barkauf kann man daher von einer solchen Regel sprechen[6]). Vollends ist nicht anzunehmen, daß der Veräußerer sich bei jeder Übertragung vorstellt, daß er es möglicherweise mit einem Vertreter zu tun hat.

Aber selbst wenn man eine solche Regel voraussetzt, so ist noch die Frage zu beantworten, wer denn der-

[1]) A. a. O., S. 224.

[2]) A. a. O., S. 229.

[3]) Enneccerus 1926, Allgem. Teil, § 167 Anm. 6; Planck-Flad zu § 164,5 b β; Oertmann zu § 164,1 e β; Lehmann 1928, Allgem. Teil, § 36 IVc, S. 273; Staudinger-Kober zu § 929,2 b β.

[4]) Gruchot, Bd. 67, S. 322; RGE. 100, S. 190 ff.

[5]) Leonhard, a. a. O., S. 29 ff.

[6]) Planck zu § 164,5 b β.

jenige ist, den das Geschäft angeht. Rümelin[1]) beantwortet diese Frage dahin, daß hier nur die Beziehungen des Mittlers zum Geschäftsherrn maßgebend sein können. Er geht davon aus, daß die objektive Bestimmung dessen, den es angeht, nach den sonst zur Anwendung gebrachten Auslegungsgrundsätzen zu erfolgen habe. Bei dieser Auslegung sei gemäß dem Sinn, den beide Kontrahenten mit ihrer Erklärung verbänden, auf das Verhältnis zwischen dem etwa vorhandenen Geschäftsherrn und dem Geschäftsmittler zurückzugehen. Er gelangt so dahin, das Auftragsverhältnis als alleiniges Kriterium anzusehen. Der Erwerber sei „lediglich zu bestimmen auf Grund des wahren, zwischen Vertreter und Vertretenem zugrunde liegenden Verhältnisses"[2]).

Selbst wenn man den objektiven Erklärungssinn beim Veräußerer dahin deutet, daß er einer unbestimmten Person übertragen wolle, so ist doch ein gleicher Sinn nach den Regeln der objektiven Auslegung bei dem Mittler nicht festzustellen. Verträge oder Verhandlungen, die dieser mit einem Dritten — eben mit dem Geschäftsherrn — gehabt hat, gehören nicht zu dem Erklärungstatbestand und sind daher nicht zu berücksichtigen. Will man aber mit Rümelin die Interessenlage heranziehen, so gerät man ganz ins Ungewisse. Das überwiegende Interesse liegt bald beim Mittler, bald bei dem Geschäftsherrn. Und wie will man entscheiden, wenn eine Abschätzung der beiderseitigen Interessen gar nicht möglich ist? Ist die Einigungserklärung des Veräußerers auf eine unbestimmte Person gerichtet, so stehen gleichwertig die Möglichkeiten nebeneinander, daß der Mittler oder der Geschäftsherr erwerbe. Eine Lösung ist damit noch nicht gefunden.

[1]) A. a. O., S. 232.

[2]) Rümelin, a. a. O., S. 239 ff.

Die gegnerische Ansicht sucht vor allem den Vertretenen zu schützen[1]). Dies darf jedoch nicht dazu führen, die Interessen des Geschäftsherrn einseitig auf Kosten der Interessen des Mittlers zu überschätzen. Diesen Fehler machen alle Theorien, die regelmäßig einen unmittelbaren Erwerb des Herrn ermöglichen wollen. Es soll hier nicht der Versuch gemacht werden, demgegenüber in den Fehler der allzu starken Betonung der Mittlerinteressen zu fallen. Es sei nur dargelegt, daß auch der Mittler häufig ein Interesse an eigenem Erwerb hat. So in allen Fällen, in denen er dem Geschäftsherrn kreditiert und keinerlei Deckung für seine Ausgaben hat. Zwar hat der Mittler gegen den Anspruch des Auftraggebers die Einrede aus § 273 Abs. 2; gegenüber den Gläubigern desselben ist er ebenfalls geschützt, da diese nur den Anspruch des Herrn aus dem Auftragsvertrage pfänden können. Anders aber, wenn der Geschäftsherr in Konkurs gerät[2]). Eine Aufrechnung ist wegen der Ungleichartigkeit der Forderungen nicht möglich und auch nicht durch die besonderen Bestimmungen der Konkursordnung gestattet. Der Mittler wird somit als bloßer Konkursgläubiger anteilsmäßig befriedigt und unter Umständen empfindlich geschädigt. Dagegen könnte man einwenden, daß auch der Geschäftsherr, wenn er nicht unmittelbar Eigentümer wird, bei einem Konkurse des Mittlers benachteiligt ist; aber die Unbilligkeit ist doch nur scheinbar, da der Geschäftsherr es in der Hand hat, sich einen vertrauenswürdigeren Mittler zu suchen. Eine Möglichkeit, die dem wirtschaftsschwächeren Mittler nicht immer offensteht. Die Interessen des Geschäftsherrn und die des Mittlers stehen sich so gleichwertig gegenüber, daß eine allgemeine Regel hierüber nicht aufgestellt werden kann und es richtiger ist, die

[1]) Rümelin, a. a. O., S. 241; Bruns, a. a. O., S. 6.
[2]) Leonhard, Fahrnis, S. 42.

Fragen des Eigentumsüberganges ganz hiervon zu trennen.

Neuerdings versucht Cohn[1]) darzulegen, daß ein Handeln für denjenigen, den es angeht, möglich und rechtlich zulässig ist. Er geht dabei allerdings von völlig anderen Voraussetzungen aus. Während die herrschende Meinung[2]) die Frage dahin stellt, ob es möglich sei, auch bei dem Mangel der Offenheit unmittelbar Rechtswirkungen für einen Dritten zu erzielen, ist bei Cohn das offene Auftreten des Mittlers für einen Dritten die unbedingte Voraussetzung des Handelns für denjenigen, den es angeht[3]). Nach Cohn setzen letztere Fälle gerade voraus, daß ausdrücklich oder stillschweigend, jedenfalls aber erkennbar für denjenigen, den es angeht, gehandelt wird. Das Handeln für denjenigen, den es angeht, ist nach ihm „ein rechtsgeschäftliches Handeln unter Offenhaltung der Person des an dem Rechtsgeschäft beteiligten Subjektes"[4]). Dabei seien verschiedene Möglichkeiten zu beachten. Zunächst könne der Mittler, für eine bereits objektiv bestimmte, dem Vertragsgegner jedoch unbekannte Person auftreten: das Handeln für eine unbekannte Person. Sodann könne der Mittler für eine noch völlig unbestimmte, beiden Parteien unbekannte Person auftreten: das Handeln für eine unbestimmte Person[5]). Es sei zu prüfen, ob ein derartiges Handeln mit der Gestaltung des Rechtsgeschäftes im geltenden Rechte vereinbar sei, d. h. ob es angängig sei, den Tatbestand eines rechtsgeschäftlichen Handelns in der Weise herzustellen, daß zunächst ein Sachverhalt geschaffen wird, bei dem der

[1]) E. Cohn, Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht.

[2]) Vgl. insbesondere RGE. Bd. 99, S. 209/10; Bd. 100, S. 193; Bd. 109, S. 169; Hoeniger in JW. 1926, S. 247.

[3]) Cohn, a. a. O., S. 7/8, S. 161 ff.

[4]) A. a. O., S. 12 ff.

[5]) A. a. O., S. 14 ff.

Inhalt des rechtsgeschäftlichen Handelns noch der Klärung bedürftig ist, und daß diese Klärung von späteren Ereignissen oder Handlungen erwartet und erreicht wird. Cohn bejaht diese Frage für beide Möglichkeiten[1]). Was zunächst das Handeln für einen Unbekannten angehe, so könnten die Worte „im Namen des Vertretenen" in § 164 BGB. schon ihrem Wortlaut nach nicht dahin ausgelegt werden, daß die Angabe des Namens des Vertretenen notwendige Voraussetzung des stellvertretenden Handelns sei. Außerdem bestehe keinerlei Bedürfnis nach einem Schutze des Vertraggegners, der ja nicht abzuschließen brauche. Schwieriger sei die Zulässigkeit des Handelns für einen Unbestimmten zu begründen[2]). Das Handeln für einen Unbestimmten gehöre zu der Gruppe bestimmungsbedürftiger Rechtsgeschäfte. Diese aber seien in vielen Fällen ausdrücklich vom Gesetz zugelassen: Die Wahlschuld, der unbestimmte Schuldvertrag, das bedingte Rechtsgeschäft, das Blankoindossament, die Orderpapiere, die Inhaberschuldverschreibung u. a. Die Auswahl der gesetzlich oder gewohnheitsrechtlich zugelassenen Geschäfte folge keiner inneren rechtslogischen Notwendigkeit, sondern ausschließlich den jeweils hervorgetretenen praktischen Bedürfnissen. Da ein solches gegeben sei, müsse man analog das Handeln für einen Unbestimmten als rechtlich zulässig ansehen. Den Ausführungen Cohns kann nicht in allem gefolgt werden. Die Zulässigkeit des Handelns für einen Unbekannten ist allgemein anerkannt[3]). Es braucht hierauf nicht näher eingegangen zu werden. Anders bei dem Handeln für einen Unbestimmten. Ein praktisches Bedürfnis

[1]) A. a. O., S. 34 ff.

[2]) A. a. O., S. 35 ff.

[3]) RGE. Bd. 38, S. 185; 95, S. 262; v. Tuhr, III, S. 343; Rümelin, a. a. O., S. 199; Staudinger-Riezler zu § 164,3b; Oertmann zu § 164,1 β, γγ.

für eine solche Konstruktion besteht m. E. nicht. In allen Fällen, wo die Mittelsperson zwar erklärt, daß sie für eine noch völlig unbestimmte Person handele, aber selbst bereits die Leistung des Vertragsgegners annimmt und die Gegenleistung erfüllt, handelt sie tatsächlich in eigenem Namen und auf eigene Rechnung. Sie selbst wird also verpflichtet und berechtigt. In den übrigbleibenden Fällen, in denen vereinbart ist, daß Leistung und Gegenleistung erst mit der Bestimmung der unbestimmten Person erfolgen sollten, läßt sich das rechtliche Geschehen weit einfacher durch schon vorhandene Rechtsinstitute erklären. So wird in vielen Fällen ein der Mittelsperson gegenüber abgegebenes, bindendes Vertragsangebot vorliegen, wobei die Mittelsperson selbst dem Unbestimmten gegenüber als Vertreter des Anbietenden auftreten wird. Die gegnerische Ansicht führt zu unhaltbaren Ergebnissen. Da die Besitzübertragung an einen Unbestimmten wegen der tatsächlichen Rechtsnatur des Besitzes unmöglich ist, kann auch eine Eigentumsübertragung an diesen nicht erfolgen. Das Eigentum würde also nach Cohn bis zu dessen Bestimmung beim Veräußerer bleiben, selbst wenn die Mittelsperson den Besitz erhalten und die Gegenleistung bereits gegeben hat[1]). Gerät der Veräußerer nunmehr in Konkurs, so müßte die Sache in die Konkursmasse fallen: ein völlig unbilliges Ergebnis.

Ebenso wie die hier vertretene Ansicht kommt Cohn bei dem Handeln für einen Unbekannten zu dem Ergebnis, daß ein unmittelbarer Erwerb des Vertretenen möglich sei vorausgesetzt, daß die Vertretungsabsicht kenntlich und es dem Veräußerer gleichgültig sei, wer erwerbe. Die Annahme, daß dem Veräußerer die Person des Erwerbers gleichgültig sei, müsse aber auf diejenigen Fälle beschränkt werden, in denen typischerweise Per-

[1]) Vgl. Cohn, a. a. O., S. 158.

sonen, die zu direkter Vertretung beauftragt und bevollmächtigt seien, nach außen nicht als Vertreter aufzutreten pflegten. Cohn denkt hier augenscheinlich an die Fälle der Dienstboten und Angestellten. Falsch ist es jedoch, wenn er folgert, daß dies bei den meisten Barkäufen anzunehmen sei, und hier wiederum zwischen Käufen kleineren und größeren Umfanges unterscheidet. Wo soll man die Grenze ziehen? Geht man, wie auch Cohn, von der unbedingten Anwendung des Offenheitsprinzips aus, so erscheint es richtiger, den rechtlichen Vorgang, der sich als offene Vertretung kennzeichnet, Vertretung zu nenen und die irreführende Bezeichnung des Handelns für denjenigen, den es angeht, zu vermeiden.

Es muß abgelehnt werden, aus der teilweise stark eingeschränkten Möglichkeit einer traditio ad incertam personam zu folgern, daß der Geschäftsherr auf Grund des Auftragsverhältnisses unmittelbar Eigentümer wird.

§ 9. Die Kausaltheorie Lenels.

Während Leonhard[1]) von dem Vertragsinhalt ausgeht und auf dem Wege über die Auslegung zu der erheblichen Bedeutung des Kausalverhältnisses gelangt, erklärt Lenel[2]) dieses schlechthin für maßgebend. Es ist das Verdienst Lenels, zuerst auf die Bedeutung des Kausalverhältnisses hingewiesen zu haben[3]), wenn er auch seine Bedeutung überschätzt hat. Lenel geht von der objektiven typischen Interessenlage der Parteien aus, da sie regelmäßig vom Gesetz in Betracht gezogen werde[4]). Bei einem Erwerbe durch Mittler gebe das Kausalverhältnis die typische Interessenlage wieder. Wie die fremde Erwerbscausa fremdes Interesse, so lasse

[1]) Dessen Ansicht hier vertreten wird.
[2]) Jherings Jahrb. Bd. 36, S. 42 ff.
[3]) Lenel, ebendort; Leonhard, a. a. O., S. 55.
[4]) A. a. O., S. 54.

die eigene Erwerbscausa typischerweise eigenes Interesse der Mittelsperson erkennen[1]). So kommt Lenel notwendig zu dem Schluß, daß der Mittler, handelt er auch im Interesse und Auftrag eines anderen, immer Besitz und Eigentum erwirbt, wenn das Kausalverhältnis auf ihn Bezug nimmt. Ebenso erwerbe er Besitz und Eigentum für diesen anderen, falls er in dessen Auftrag Besitz erwerbe auf Grund eines für diesen anderen bestehenden oder zu begründenden Kausalverhältnisses. Eine Ausnahme gelte nur für den Prokurator, den Vormund und für die Personen des § 855 BGB. Nach Leonhard gibt die causa regelmäßig aber nicht notwendig den Vertragsinhalt der dinglichen Einigung wieder; nach Lenel entscheidet immer das Kausalverhältnis; in den meisten Fällen werden daher beide zu gleichen Ergebnissen kommen[2]). Anders aber, wenn die dingliche Einigung auf den Mittler als den Erwerber hinweist, während der obligatorische Vertrag im Namen des Geschäftsherrn abgeschlossen ist. Oder umgekehrt: Die Übertragung wird ausdrücklich mit Richtung auf den Vertretenen vorgenommen; bezüglich der Erwerbscausa aber ist die Mittelsperson im eigenen Namen aufgetreten[3]). Hier muß Lenel zu unzweckmäßigen Ergebnissen gelangen. Nicht zu billigen ist es, wenn er diese damit begründet, daß solche bei der Übertragung erfolgten Erklärungen lediglich juristisch bedeutungslose Mitteilungen seien, auf welche nicht mehr Gewicht zu legen sei als auf eine solche über sonstige Motive, die den Mittler zu Anschaffung bewogen haben könnten[4]). Damit wird Lenel der selbständigen Vertragsnatur der dinglichen Einigung zu wenig gerecht.

[1]) A. a. O., S. 67.

[2]) Leonhard, a. a. O., S. 50.

[3]) Vgl. OLG. Braunschweig Seuff. A. Bd. 48, Nr. 248; Lenel, a. a. O., S. 77 ff.; Leonhard, Fahrnis, S. 51

[4]) A. a. O., S. 73.

Lenel müßte bei einer nur vermeintlichen Erwerbsbeziehung eine gültige Übertragung verneinen. So weit geht er jedoch nicht, da nach seiner Meinung auch in diesem Falle die typische Lage der subjektiven Interessen gleichbleibt[1]). Dem kann nicht zugestimmt werden. Die Interessen des Mittlers bzw. des Geschäftsherrn haben sich vollkommen verschoben, da sie stets mit einem gegen sie gerichteten Anspruch auf Herausgabe der Sache rechnen müssen. Demgegenüber kann sich Lenel auch nicht auf die römischen Quellen[2]) berufen. Sie sprechen sogar insofern gegen seine Ansicht, als sie beweisen, daß auch die Römer das Kausalverhältnis lediglich zur Auslegung heranzogen und deshalb bei einer vermeintlichen causa Eigentum auf den angeblichen Gläubiger übergehen ließen.

Unter Anlehnung an Lenel und Leonhard versucht auch Regelsberger[3]) die Unabhängigkeit des abstrakten Übertragungsgeschäftes einzuschränken, indem er insbesondere auf die Billigkeitsgründe hinweist, welche dafür sprechen, daß der treulose Mittler unabhängig von seinem Willen und seinen Erklärungen für den Geschäftsherrn erwerbe. Er führt dabei folgendes Beispiel an: „Der Mittler B ist durch den Auftrag des A verpflichtet, diesem von einem naheliegenden Ort ein Pferd mitzubringen. A ist sich bereits mit dem Pferdehändler C über den Ankauf des Pferdes einig geworden und sollte es nach Bezahlung des Kaufpreises erhalten. Er händigt daher dem B diese Summe aus. Als B das Pferd betrachtet, möchte er es selbst erwerben und wird auch mit dem Händler einig, daß er selbst Eigentum erhalte." Trotz dieses übereinstimmenden Willens der Traditionskontrahenten wird nach Regelsberger A mit der Besitzergreifung des Pferdes durch

[1]) A. a. O., S. 58.
[2]) l. 57 § 1 D. 12,6 de cond. ind.
[3]) Jherings Jahrb. Bd. 44, S. 410 ff.

B dessen Eigentümer, denn ein anderes Ergebnis sei unbillig. Es genügt jedoch der Hinweis, daß diese Unbilligkeit selbstverschuldet ist, da A sich einen vertrauenswürdigeren Mittler hätte suchen können. Gebe ich einem unsicheren Geschäftsmanne Kredit ohne Sicherheit, so wird niemand es für unbillig halten, wenn ich bei dessen Konkurs Schaden erleide. Die Möglichkeit eines solchen Verlustes ist mit dem entgegengebrachten Vertrauen verbunden und durch eigenes Handeln geschaffen.

Die Eigenart der dinglichen Rechtsgeschäfte will es, daß sie in der juristischen Konstruktion unabhängig von den obligatorischen Beziehungen sind. Hätte C einem Dritten das Eigentum übertragen, so würde es niemandem einfallen, wegen des schon abgeschlossenen Kaufvertrages mit A die Übertragung für ungültig zu halten. Daß in unserem Falle jene Person und der Mittler zusammenfallen, kann den dinglichen Verlauf nicht ändern. Wollte man A trotzdem Eigentum zusprechen, so würde man dem obligatorischen Auftragsvertrag eine dingliche Wirkung beilegen. Verpflichtungen können gebrochen werden. B erwirbt also Besitz und Eigentum auf Grund der abstrakten Einigung, nachdem er selbst mit dem Händler einen anderen Kaufvertrag abgeschlossen hat. Aufgabe des A ist es, seinen Schadenersatzanspruch aus dem Auftragsvertrag geltend zu machen. § 249 gibt ihm die Möglichkeit, die Herstellung des Zustandes zu verlangen, der bestehen würde, wenn der Beauftragte seinen Verpflichtungen nachgekommen wäre. Einen dinglichen Anspruch aber kann er nicht geltend machen[1]).

§ 10. Das Selbstkontrahieren des Vertreters.

Wir legten unter Ablehnung aller Theorien, welche auf einen unmittelbaren Erwerb des Geschäftsherrn

[1]) Draganesco, a. a. O., S. 106.

hinzielen, dar, daß der Ersatzmann mangels der Kenntlichkeit regelmäßig selbst Eigentum erwirbt. Es bedarf also für den Erwerb des Herrn stets einer weiteren Übertragung. Damit ist dem Verkehr nicht die Möglichkeit eines schnellen Eigentumswechsels vom Veräußerer über den Mittler zum Geschäftsherrn genommen. Der Mittler kann natürlich den Eigentumsübergang dadurch bewirken, daß er mit dem Herrn selbst einen dinglichen Vertrag abschließt, so daß Eigentum durch Übergabe und Einigung bzw. durch Vereinbarung eines mittelbaren Besitzverhältnisses gemäß den §§ 929, 930 übergeht. Es kann jedoch auch durch sogenanntes Selbstkontrahieren nach § 181 den Geschäftsherrn zum Eigentümer machen.

Das BGB. schließt in § 181 das Selbstkontrahieren in der Regel aus. Ein Vertreter kann aber, soweit ihm dieses ausdrücklich oder stillschweigend gestattet ist, oder wenn das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht, im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen die Einigung vollziehen. Regelmäßig werden beide Voraussetzungen gegeben sein. In der Erteilung des Auftrages liegt die stillschweigende Vollmacht, dem Herrn Eigentum nach § 181 zu verschaffen. Die Übertragung wird regelmäßig ausschließlich die Erfüllung der Auftragsverbindlichkeit bedeuten[1]). Notwendig ist dies nicht. So kann der Geschäftsherr die Sache auch einem Dritten zuwenden wollen und dem Mittler entsprechende Weisungen geben. Unter Umständen will er sogar nichts mit der Sache zu tun haben. Etwa, wenn er einen Hund schenken will und die Tierhaftung meiden möchte[2]). Diese Fälle werden nur selten vorkommen.

Schwieriger ist die Frage, ob und in welchem Umfang die Kenntlichkeit dieser Übertragung notwendig ist.

[1]) Staudinger-Kober zu § 930,4 b.
[2]) Vgl. Leonhard, a. a. O., S. 56.

Sie wird nur von wenigen Autoren[1]) mit der Begründung verneint, daß sie sich nicht aus dem Wortlaut des § 181 ergebe und auch sonstige Gründe dafür nicht vorhanden seien. Anders die herrschende Meinung, die mit Recht davon ausgeht, daß ein rein innerer Vorgang keinerlei Rechtswirkungen haben könne[2]). Während jedoch einige nur eine irgendwie geartete Kenntlichkeit verlangen[3]), ist nach anderen eine Handlung nötig, welche den Mittler selbst bindet[4]). Noch anders Hupka[5]), der außerdem verlangt, daß der Akt nicht durch unkontrollierbare Zurücknahme wieder aufgehoben werden könne. In der Regel seien daher nur Erklärungen an öffentliche Urkundspersonen oder an den Vertretenen oder der Eintrag in ein der öffentlichen Kontrolle unterliegendes Buch genügend. Diese Einschränkung im Selbstkontrahieren ist aber bei der Schnelligkeit des heutigen Wirtschaftslebens nicht tragbar. Da durch das Selbstkontrahieren der dingliche Vertrag zustandekommen soll, genügt es, daß die Handlung des Vertreters deutlich auf die sachenrechtliche Übertragung hinweist. Das Wesen des Geschäftsschlusses erfordert nur die Erkennbarkeit der Willenserklärung, nicht aber eine Garantie für das Fortdauern der Kenntlichkeit[6]). Andererseits kann aus dem oben erwähnten Grunde eine bloße Anzeige des Mittlers, daß er das Geschäft ausgeführt habe, nicht genügen[7]).

[1]) Lehmann-Ring, a. a. O. Bd. II, S. 236; Wagner, Diss. 1914, S. 32 ff.

[2]) Vgl. Manigk, Willenserklärung, S. 436.

[3]) Oertmann 1926 zu § 181, Bem. 4a; Staudinger-Riezler 1925 zu § 181,8; Planck zu § 930,6; zu § 181,1a; Biermann 1914 zu § 930,2; Enneccerus, Allgem. Teil, § 168, Anm. 15; Enneccerus-Wolff, § 67, Bem. 4.

[4]) Staudinger-Kober zu § 930,4b; Lenel, a. a. O., S. 50; Leonhard, a. a. O., S. 98; Kniep, a. a. O., S. 259.

[5]) A. a. O., S. 277 ff.

[6]) So richtig Enneccerus, Allgem. Teil, ebenda.

[7]) Leonhard, a. a. O., S. 98; Staudinger-Kober, ebenda.

So wird das Eigentum an den Wertpapieren nicht erst mit der Absendung des Stückeverzeichnisses wie gemäß § 7 des Depotgesetzes übertragen, sondern unter Umständen bereits mit einer den Voraussetzungen des § 181 genügenden, erkennbaren Willensäußerung der Bank[1]).

II. Die Übergabe.

§ 11. Der Besitz und sein Erwerb im römischen Recht.

Neben der Einigung wird in § 929 als Voraussetzung der Eigentumsübertragung die Übergabe verlangt. Eine Vertretung bei der Einigung nach den §§ 164 ff. ist möglich, insbesondere auf dem Wege des § 181, und findet ihre Grundlage in dem beim Vertretungsrecht so stark hervorgehobenen Offenheitsprinzip. Bei der Vertretung in der Übergabe treten uns abermals große Schwierigkeiten entgegen.

Eine Darstellung des römischen Rechts ist für die Frage des Besitzerwerbes durch Stellvertreter nur noch von historischem und rechtsvergleichendem Interesse. Das heutige Besitzrecht beruht im wesentlichen auf anderen Grundlagen. Haben somit die Entscheidungen der römischen Quellen für uns keine unmittelbare Bedeutung mehr, so ist es doch immerhin wertvoll, zu sehen, mit welchen Mitteln die Römer ihr Besitzrecht und die Fragen der Stellvertretung beim Besitzerwerb gestaltet haben. Sodann möchte gerade die unterschiedliche Auffassung des römischen Rechtes geeignet sein, eine schärfere Betrachtung dieser Fragen vom Standpunkt des geltenden Rechtes aus zu ermöglichen.

Die Entwicklung von der grundsätzlichen Unzulässigkeit der Stellvertretung bis zu ihrer allgemeinen Zu-

[1]) Busensky, Kommentar zum Depotgesetz, Einleitung Nr. 12.

lassung für den Besitzerwerb ist die gleiche wie bei dem Eigentumserwerb durch Stellvertreter. War doch auch nach römischem Recht die Besitzverschaffung die Grundlage des Eigentumserwerbes. Es sei daher auf das schon Gesagte verwiesen[1]). Schwierigkeiten ergeben sich häufig daraus, daß die Römer Besitz- und Eigentumserwerb nicht immer auseinandergehalten haben[2]).

Eine eingehende Darstellung des römischen Besitzrechtes finden wir bei Savigny[3]), dessen Darlegungen auch heute in der Hauptsache noch als herrschend anzusehen sind[4]). Danach sind Voraussetzungen des Besitzes die tatsächliche Gewalt über die Sache (corpus) und der Wille, die Sache als Eigentümer zu besitzen (animus). Hieraus ergibt sich die Zweiteilung des Besitzes in juristischen Besitz und bloße Detention. Juristischer Besitzer ist derjenige, welcher selbst oder durch einen anderen die Gewalt über die Sache mit dem animus rem sibi habendi ausübt, sofern ihm nicht aus besonderen Gründen der juristische Besitz abgesprochen wird. Nichtbesitzer, nur Detentoren, sind andererseits diejenigen Personen, welche die Sache mit dem animus rem alii habendi haben, sofern ihnen nicht ausnahmsweise juristischer Besitz zugesprochen wird. Solche Ausnahmen sind der Prekarist, der Pfandgläubiger und der Sequester. Mieter, Pächter, Verwahrer und Beauftragter waren daher keine Besitzer. Zu erklären sind diese Unterscheidungen durch die geschichtliche Entwicklung sowie durch die wirtschaftliche Bedeutungslosigkeit der Miete und Pacht.

[1]) Vgl. insbesondere Draganesco, a. a. O., S. 10, und die dort angegebene Literatur.

[2]) Bruns, a. a. O., S. 11: l. 9 § 9 D. 12, 1: animo coepit possidere. Hier ist vom Eigentumsübergang die Rede.

[3]) Recht des Besitzes, 1865.

[4]) Windscheid-Kipp, 9. Aufl., § 148, Anm. 4, § 149; Leonhard, a. a. O., S. 59; A. Bruns, a. a. O., S. 20; vermittelnd Draganesco, a. a. O., S. 48 ff.

Jhering[1]) hat versucht, die Ansichten Savignys zu widerlegen. Nach der von ihm begründeten objektiven Theorie unterscheiden sich nicht mehr corpus und animus als zwei selbständige Bestandteile voneinander, sondern der Besitzwille ist als subjektiver Bestandteil des corpus zu betrachten. Die tatsächliche Gewalt ist danach die gewollte Beziehung zur Sache, welche nach außen den Schein des Eigentums gibt. Mußte nach Savigny der Besitzer seinen Willen, die Sache als Eigentümer zu besitzen, darlegen, so genügt nach der objektiven Theorie die äußere Erkennbarkeit des tatsächlichen Machtverhältnisses, da sie bereits den Eigentümerwillen vermuten lasse. Dem steht jedoch der klare Wortlaut der römischen Quellen gegenüber, welche ausdrücklich zwischen dem animus meo und alieno nomine possidere unterscheiden. So deutlich Celsus[2]): „Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere; . . . nec idem est, possidere et alieno nomine possidere."

Zum Erwerb des Besitzes wird im römischen Recht animus und corpus erfordert[3]): „Possessionem adquirimus corpore et animo." Auf dieser Grundlage ist daher auch der Besitzerwerb durch Stellvertreter gestaltet, wobei die Zweiteilung in animus und corpus bei der Stellvertretung beibehalten wird. Während der Vertreter die tatsächliche Gewalt (corpus) erlangt, soll der Vertretene animo erwerben. Die Handlung des Mittlers bezieht sich also zunächst nur auf die Erlangung des corpus für den Vertretenen oder, wie Paulus sagt[4]), „ceterum animo nostro corpore etiam alieno possidemus". Eine Stellvertretung im Willen ist nach römischem Recht nicht zulässig. Allerdings muß auch

[1]) A. a. O., S. 10 ff.
[2]) 1. 18 D. de acqu. vel am. poss. 41,2.
[3]) 1. 3 § 1 D. eod. 41,2.
[4]) 1. 3 § 12 D. eod. 41,2; Pauli Sent. V. 2 § 1.

der Vertreter einen Willen haben, nämlich den Willen, die tatsächliche Gewalt für den Vertretenen zu erwerben[1]); doch ist dieser Wille nicht mit dem Besitzwillen, dem animus possidendi, zu verwechseln[2]). Zusammenfassend läßt sich über den Besitzerwerb durch Vertreter nach römischem Recht folgendes feststellen: Notwendige Voraussetzungen dieses Erwerbs sind die Erlangung der tatsächlichen Gewalt durch den Vertreter, dessen Wille, für den Herrn zu erwerben, und der animus possidendi des Herrn.

Nicht notwendig ist, daß der Herr den Zeitpunkt kennt, in dem für ihn Besitz erlangt wird. Diese Frage tritt uns insbesondere beim Auftragsverhältnis entgegen. Richtig entscheiden die Römer[3]): „per procuratorem etiam ignoranti adquiritur possessio". Dieser Satz ist dahin auszulegen, daß bei dem Vorliegen eines unbestimmten Auftragsverhältnisses auch die etwa vom Vertreter zu bestimmende Sache in den Besitz des Herrn fällt. Ebenso ist bei einem generellen Auftrag, z. B. bei einer Vermögensverwaltung, die Kenntnis des Herrn, daß eine Sache für ihn in Besitz genommen wird, nicht notwendig[4]). Aus dem Erfordernis des Besitzwillens folgt, daß Personen, die eines solchen Willens nicht fähig waren, keinen Besitz erwerben konnten. Wesentlich für das römische Recht ist daneben der Besitzerwerb durch Gewaltunterworfene. Aber auch hier wird der Wille des Sklaven erfordert, den Besitz für den Herrn zu erwerben[5]): „haec, quae de servis diximus, ita se habent, si et ipsi velint nobis adquirere possessionem: nam si iubeas servum tuum possidere et is eo

[1]) Vgl. Windscheid-Kipp, § 155, Ziff. 1.

[2]) Draganesco, a. a. O., S. 75.

[3]) l. 49 § 2 D. 41,2; l. 1 cod. 7,32.

[4]) Windscheid-Kipp, § 155, Anm. 9, und dort angegebene Literatur.

[5]) Paulus l. 1 § 19 D. 41,2.

animo intret in possessionem, ut nolit tibi, sed potius Titio adquirere, non est tibi adquisita possessio". Aus gleichem Grunde erwirbt der Herr keinen Besitz, wenn sein Sklave geflohen ist[1]).

§ 12. Der Besitzwille im Bürgerlichen Gesetzbuch.

Nach geltendem Recht ist ein irgendwie gearteter Besitzwille nicht notwendig[2]). Damit hat sich das BGB. von dem römisch-rechtlichen Besitzbegriff abgewandt und die Lehre vom Besitz und dessen Erwerb auf neue Grundlagen gestellt. Dies ist freilich bestritten und bedarf einer eingehenden Darstellung, da die Entscheidung großen Einfluß auf die Frage des Besitzerwerbes durch Stellvertreter gewinnt.

Für obigen Satz spricht zunächst die Entstehungsgeschichte. Im Anschluß an das römische und gemeine Recht wurde zunächst an der Zweiteilung in corpus und animus festgehalten. Nach dem § 797 des E. I wurde der Besitz erworben durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt, verbunden mit dem Willen des Erwerbers, die Sache als die seinige zu haben. Der § 801 des E. I sah dementsprechend vor, daß auf den Besitzerwerb durch Vertreter die Vorschriften über die rechtsgeschäftliche Vertretung entsprechend anwendbar seien. Die zweite Kommission lehnte jedoch den Antrag ab, als Voraussetzung für den Besitzerwerb den Besitzwillen zu verlangen; dieses Erfordernis sei für diejenigen Fälle entbehrlich, in denen die Herstellung der tatsächlichen Gewalt nicht ohne einen darauf gerichteten Willen möglich sei. Andererseits sei es bedenklich dort, wo der Erwerbswille sich nur durch mehr oder weniger willkürliche Annahmen konstruieren lasse. Die Versagung des Besitzschutzes könne in solchen Zweifelsfällen zu unangemessenen Ergebnissen führen[3]). Bedenken erregte, daß bei

[1]) l. 1 § 14 D. 41,2; l. 50 § 1 D. eod.
[2]) Biermann, § 854,3a; Leonhard, Fahrnis, S. 69 ff.
[3]) Prot. III, S. 31 ff.

Anerkennung des Willenserfordernisses die notwendige Folge sei, daß rechtlich willensunfähige Personen keinen Besitz erwerben könnten. Demgegenüber wird allerdings auch betont, daß der Besitzwille damit nicht vollständig verneint werden soll[1]). Bei dem Erwerb des Besitzes könne eine Vertretung insoweit in Frage kommen, als zur Erlangung der tatsächlichen Gewalt ein Wille erforderlich sei. Eine ausdrückliche Feststellung sei jedoch nicht notwendig, da die Analogie mit der rechtsgeschäftlichen Vertretung auch ohne eine derartige Bestimmung nicht verkannt werden würde. Bestimmend ist, daß der mit dem Wortlaut des BGB. übereinstimmende Entwurf IIa bei Verneinung des Willenserfordernisses des Entwurfs I unter der Erlangung der tatsächlichen Gewalt schwerlich etwas anderes verstanden hat als die Herstellung des corpus in Entwurf I § 797. An anderer Stelle betont auch die Denkschrift[2]), daß ein auf den Besitzerwerb gerichteter Wille des Erwerbers nicht verlangt werde. Der Besitzschutz dürfe in vielen Fällen, wo ein Erwerbswille nicht anzunehmen sei, nicht versagt werden.

Nach § 854 wird der Besitz einer Sache durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt erworben. Die körperliche Ausübung der Gewalt ist mit fortschreitender Kultur und Verkehrsentwicklung von geringerer Bedeutung geworden. Savigny[3]) sah die tatsächliche Herrschaft in dem Zustand, bei welchem nicht nur die eigene unmittelbare Einwirkung auf die Sache physisch möglich sei, sondern auch jede fremde Einwirkung verhindert werden könne. Diese Möglichkeit besteht zwar häufig, jedoch nicht immer. Der Kaufmann, welcher sein Automobil auf den Parkplatz stellt, um seinen Geschäften nachzugehen, hat trotzdem Besitz.

[1]) Prot. ebenda, S. 33.
[2]) A. a. O., S. 109.
[3]) A. a. O., § 13, S. 225; § 15, S. 235.

Ebenso kann dem Bauer an den Früchten, die auf dem Felde zur Nachreife oder zum Einholen lagern, nicht der Besitz abgesprochen werden, weil eine tatsächliche Einwirkung Dritter auf die Sache möglich ist. Nach Jhering[1]) liegt dann tatsächliche Gewalt vor, wenn die Beziehung zu einer Person dieser den Schein des Eigentums verleiht. Dies ist jedoch ungenau; denn keineswegs ist derjenige Besitzer eines Hauses, der im Adreßbuch als Eigentümer angegeben ist.

Die neuere Literatur faßt den Begriff der tatsächlichen Gewalt weiter und beweglicher[2]). Danach ist der Besitzbegriff ein sozialer Gewaltbegriff, der im einzelnen je nach der zeitigen Verkehrsanschauung zu wechselnder Beurteilung führt. Damit ist zwar auf die unterschiedliche Bedeutung des Besitzes im Wandel des Verkehrs hingewiesen; es fehlt jedoch an einem bestimmten Merkmal. Dieses ist darin zu sehen, daß die Sache zu der Person in eine Beziehung gebracht sein muß, welche der Person nach der Verkehrsauffassung die Herrschaft über die Sache gewährt. Die Sache muß zur Verwendung des Besitzers bereit erscheinen. Damit ist der ständig wechselnden Verkehrsmeinung Genüge getan, andererseits ein bestimmtes Merkmal gewonnen.

In vielen Fällen werden wir jedoch damit nicht auskommen. Es werden Kohlen vor einem Mietshause abgeladen; gefälltes Holz ist im Walde aufgeschichtet; Automobile stehen verlassen auf dem Parkplatz. Jeder Mieter könnte die Kohlen in seinen Keller befördern, jede Person das Holz im Walde, das Automobil vom Parkplatz holen. Trotzdem ist nicht jeder Mieter, nicht jede Person Besitzer. Die tatsächliche Gewalt setzt also in diesen Fällen noch eine weitere Beziehung der Person

[1]) Besitzwille, S. 10 ff.

[2]) Planck-Brodmann zu § 854,2; Staudinger-Kober zu § 854,I,1; Goldschmidt, Grundlagen, S. 71 ff.; Biermann § 854,2 und andere.

zur Sache voraus. Diese Beziehung kann nur in dem Willen der Person, daß die Sache zu seiner Verwendung bereitstehe, gesehen werden. Dieser Wille ist jedoch kein selbständiges Erfordernis des Besitzerwerbes, sondern lediglich die nicht immer erforderliche Voraussetzung der tatsächlichen Gewalt[1]).

Eger[2]) allerdings leugnet die Bedeutung des Besitzwillens überhaupt. Auch als Voraussetzung der tatsächlichen Gewalt sei er nicht notwendig. Werden Kohlen vor einem Mietshaus abgeladen, so erwerbe der Besteller den Besitz auf Grund des § 854 Abs. 2. Er sei in der Lage, die tatsächliche Gewalt auszuüben, habe aber den übrigen Mietern voraus, daß er sich mit dem bisherigen Besitzer über den Besitzübergang geeinigt habe. Es ist jedoch nicht statthaft, dem obligatorischen Vertrag die Bedeutung einer dinglichen Einigung beizulegen. Hinzu kommt, daß bei Gattungssachen eine vorherige Einigung schlechterdings ganz ausgeschlossen ist[3]).

Vermittelnd halten Kober[4]) und Cosack[5]) den Besitzwillen regelmäßig für die Erlangung der tatsächlichen Gewalt für notwendig. Das Gesetz unterstelle jedoch einen dem entsprechenden Willen bei dem Vorliegen jedes äußeren Machtverhältnisses. Es sei eine unbedeutende Ausnahme, wenn trotz eines bestehenden Gewaltverhältnisses kein Besitzwille vorhanden sei. Kober sagt aber selbst, daß das Gesetz keineswegs den Besitzerwerb ohne Willen ausschließe. Die Bedeutung dieser Möglichkeit unterschätzt er jedoch. Es

[1]) Biermann, § 854,3b,c; Leonhard, a. a. O., S. 69; Strohal, Jherings Jahrb. Bd. 38, S. 137 ff; Matthiass, § 146 I,1; Rosenberg, a. a. O., S. 25; Aravantinos, Jherings Jahrb. Bd. 43, S. 125.

[2]) A. a. O., S. 9 ff.

[3]) Vgl. Biermann zu § 854,3 e.

[4]) Staudinger-Kober zu § 854,2 b.

[5]) Cosack zu § 854.

sei auf die zahlreichen Fälle hingewiesen, in denen nicht gewollte Sachen zugeschickt werden.

Nach anderen[1]) ist zur Erlangung der tatsächlichen Gewalt ein Besitzwille stets erforderlich. Dies gehe insbesondere auch aus dem Wortlaut des § 854 hervor[2]). Die tatsächliche Gewalt müsse erlangt werden. Ein Bekommen oder Erhalten sei ohne eigenes Zutun möglich. Ein Erlangen setze jedoch ein darauf gerichtetes Streben voraus. Besitz erlange daher nur der, dem es darauf angekommen sei. Allerdings hat „Erlangen" zunächst die Bedeutung des „langend Ergreifens". Aber daneben steht doch auch die Bedeutung des abstrakten Erreichens, des Besitzbekommens, wobei unter Besitz nur die tatsächliche Gewalt zu verstehen ist[3]). Aus dem Wortlaut kann in dieser Beziehung also weder auf das eine noch auf das andere geschlossen werden. Es wird weiter betont, daß in den Fällen des fehlenden Willens das Interesse am Besitzschutz mangele. Demgegenüber ist zu sagen, daß die Wirkungen des Besitzes nicht mit dem Besitzschutz erschöpft sind.

Dernburg[4]) unterscheidet vollkommenen und unvollkommenen Besitz, je nachdem der Besitzwille vorhanden ist oder nicht. Diese Unterscheidung ist jedoch willkürlich und vom Gesetz in keiner Weise angedeutet[5]).

§ 13. § 854, Abs. 2 BGB.

Für diejenigen Fälle, in denen der Besitzwille die Voraussetzung der tatsächlichen Gewalt ist, hat das

[1]) Planck-Brodmann zu § 854,2; Endemann, Lehrb. II, § 34; Gierke, Deutsch. Priv. Recht II, S. 228; Enneccerus-Wolff, S. R. § 10; Last in Jherings Jahrb. Bd. 62, S. 11 ff., S. 93 ff.; Draganesco, S. 71 ff.; Bruns, S. 56 ff.

[2]) Brodmann ebendort.

[3]) Gebrüder Grimm, Deutsches Wörterbuch; Heyne, Deutsches Wörterbuch.

[4]) A. a. O., § 17, S. 64.

[5]) Biermann zu § 854,3 d; Leonhard, Fahrnis, S. 70.

Gesetz eine entsprechende Form des Besitzerwerbes zugelassen. So bestimmt der Abs. 2 des § 854, daß die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers genügt, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben. Von dem hier vertretenen Standpunkt aus bedeutet dies keine Erleichterung der Besitzübertragung[1]), sondern eine notwendige Folge unseres Begriffes der tatsächlichen Gewalt.

Ebenso wie der Besitzwille kein rechtsgeschäftlicher Wille ist, kann diese Einigung kein rechtsgeschäftlicher Vertrag sein. Anders die herrschende Meinung[2]): Sie verweist u. a. auf die sachenrechtliche Einigung des § 929, die ebenfalls Rechtsgeschäft und Vertrag sei. Das rein Tatsächliche trete bei der Einigung des § 854 II zum mindesten stark zurück. Finde daher der Besitzübergang statt, weil das Gesetz ihn sanktioniere, so trete durch die „schlichte Einigung" die Wirkung deshalb ein, weil der Rechtsfolgewille der Parteien diesen Erfolg beabsichtige[3]). Nach dieser nicht zu billigenden Ansicht könnte ein Kind wohl nach Abs. 1 des § 854 Besitz erwerben, aber nicht nach Abs. 2; ein Unterschied, der nicht gerechtfertigt ist. Maßgebend kann nur sein, ob das Gesetz den Rechtsfolgewillen der Parteien verlangt. Das ist nicht der Fall. Der Wille der Beteiligten richtet sich nicht auf den Besitz als Rechtsfolge, sondern auf den Besitz als das tatsächliche Haben. Die herrschende Meinung verwechselt also den auf den Besitz als reine Tatsache gerichteten Willen mit dem rechtsgeschäft-

[1]) Staudinger-Kober zu § 854 II; Manigk, Willenserklärung, S. 661; Enneccerus-Wolff, S. R., § 11 II.

[2]) Staudinger-Kober zu § 854 II, 2 b; Planck-Brodmann, § 854,3 a; Crome, § 347; Leonhard, S. 58; Bruns, a. a. O., S. 86; Draganesco, a. a. O., S. 72; Stöver in Arch. bürg. Recht Bd. 26, S. 168; Bruck, a. a. O., S. 19 ff.; Wolff, II,1 § 11 II.

[3]) Planck-Brodmann zu § 854,3 a.

lichen Erfolgswillen[1]). Biermann[2]) lehnt aus anderen Gründen den Vertragscharakter der Einigung ab. Es dürfe nicht verkannt werden, daß die Einigung für sich allein die von den Parteien erstrebte Rechtswirkung nicht herbeiführe. Vielmehr müsse noch hinzukommen, daß der Erwerber in der Lage sei, die Gewalt über die Sache auszuüben. Demgegenüber wird auf das Beispiel der Stiftung hingewiesen, die auch erst in Verbindung mit einem anderen Akt wirkt. Auf diese Streitfrage einzugehen, würde jedoch zu weit führen. Es muß daher auf die einschlägige Literatur verwiesen werden[3]). Wir werden in diesem Zusammenhang aber auch die Besitzeinigung zugunsten eines Dritten ablehnen müssen[4]). Der nichtwissende Dritte kann nicht den Besitzwillen haben, der als Voraussetzung der tatsächlichen Gewalt notwendig ist. In Wirklichkeit liegt gar keine Beziehung dieses Dritten zur Sache vor. Demgegenüber ist es recht willkürlich, wenn Bruns[5]) meint, dieser Wille werde gesetzlich vermutet, bis durch die Ablehnung seitens des Dritten das Gegenteil bewiesen sei. Zwar nimmt auch er an, daß in diesen Fällen stets der Wille des Erwerbers den Grund und die erste Voraussetzung des Erwerbes bilde[6]), um dann ohne Begründung fortzufahren, daß von „diesem Fundamentalsatz für den Vertragserwerb" hier eine Ausnahme gelten müsse. Mißverständlich ist auch das

[1]) Vgl. insbesondere die eingehenden Darlegungen bei Manigk, Willenserklärung, S. 661, 691; ebenso Kress, a. a. O., S. 316.

[2]) A. a. O. zu § 854,7.

[3]) Biermann, Vorbem. zu S. R. Erl. 5 b β.

[4]) So auch Planck-Brodmann zu § 854,3 a; Staudinger-Kober zu § 854,II,2 c; Bruck, a. a. O., S. 31; Enneccerus-Wolff, S. R. § 11, Anm. 7; a. a. Biermann zu § 854,7 c; Strohal, Jherings Jahrbuch Bd. 38, S. 86 ff.

[5]) A. a. O., S. 117, Anm. 2.

[6]) A. a. O., S. 122.

von Bruns herangezogene Beispiel insofern, als es sich auf den Eigentumsübergang bezieht.

Eine andere Frage ist, ob man die allgemeinen Vorschriften über die Rechtsgeschäfte auf die Einigung des § 854, II anwenden kann. Insbesondere dürfte einer analogen Anwendung der Vorschriften über die Stellvertretung nichts im Wege stehen. So ist wohl auch der Hinweis der Protokolle zu verstehen, daß eine Vertretung insoweit in Frage komme, als zur Erlangung der tatsächlichen Gewalt ein Wille notwendig sei. Die ausdrückliche Feststellung sei nur deshalb nicht erfolgt, weil die Analogie mit der rechtsgeschäftlichen Vertretung auch ohne eine derartige Bestimmung nicht verkannt werden würde. Eine Stellvertretung analog oder unmittelbar nach den §§ 164 ff. wird allgemein zugelassen[1]) und ist von der hier vertretenen Auffassung der tatsächlichen Gewalt aus unbedenklich, da der Besitzwille des Vertretenen in der Vollmacht zum Ausdruck kommt. Folgerichtig ist dann die unbedingte Anwendung des Offenheitsprinzips. Es erwirbt Besitz aus der Einigung derjenige, auf den der objektive Sinn der Einigung hinweist. Abweichend will Bruns[2]) dem Vertretenen den Besitz zusprechen, wenn eine Richtung des Besitzüberganges sich aus der Einigung nicht unmittelbar ergibt. Er stützt sich dabei auf die von Rümelin entwickelte Lehre des „Geschäftes, den es angeht". Hiergegen lassen sich jedoch die bereits erörterten Gründe anführen[3]). Bruns verkennt andererseits nicht, daß praktisch die Person des Erwerbers meist offen bestimmt wird, um eben ein Abholen der Sache durch den Dritten zu erleichtern. Die Geschäftsfähigkeit des Vertretenen ist nicht notwendig. Bestritten ist auch, ob eine Anfechtung der Einigung möglich ist.

[1]) Vgl. Literatur bei Staudinger zu § 854 II,2 b.
[2]) A. a. O., S. 95.
[3]) Siehe S. 40 ff.

Sie ist m. E. abzulehnen, da durch den Wegfall der Einigung die einmal geschaffene tatsächliche Gewalt nicht berührt wird[1]).

Für die Anwendung der Stellvertretungsgrundsätze ergeben sich aus dem Besitzrecht einige Besonderheiten. Das zweite Erfordernis des § 854, Abs. 2 muß in der Person des Vertretenen erfüllt sein. Dieser muß in der Lage sein, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben. Daraus ergibt sich, daß der Besitzerwerb ausgeschlossen ist, wenn der Mittler oder ein Dritter besitzt[2]). Infolgedessen werden die Vertretungsfälle des § 854 II bei der Übertragung des Eigentums selten sein, da der Eigentumsvertrag fast stets nur unter der tatsächlichen Übergabe an den Mittler erfolgt. Die Bedeutung des Abs. 2 des § 854 für den Eigentumserwerb durch Mittelspersonen ist daher nicht erheblich[3]). Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß der Besitzerwerb sich nach dem objektiven Merkmal der tatsächlichen Gewalt richtet. Nur als Voraussetzung der tatsächlichen Gewalt ist in einigen Fällen ein Besitzwille notwendig. Da dieser Wille jedoch auf das tatsächliche Haben und nicht auf die Erzielung eines Erfolges mit Hilfe der Rechtsordnung gerichtet ist, können insofern die Bestimmungen über die Stellvertretung nur analog im Wege über den Abs. 2 des § 854 Anwendung finden. Eine allgemeine Anwendung der Stellvertretungsgrundsätze auf den Besitzerwerb durch Stellvertreter ist ausgeschlossen. Müssen wir somit bei der Frage der Besitzverschaffung auf die speziellen Vorschriften des Sachenrechts zurückgreifen, so erscheint doch schon jetzt der

[1]) A. Enneccerus-Wolff, § 11 II; Planck-Brodmann zu § 854,3 a; Staudinger-Kober, § 854,II,2 e; Biermann zu § 854,7 b; Aravantinos, S. 155 ff.; Bruns, a. a. O., S. 93; wie hier insbesondere Manigk, Willenserklärung, S. 654 ff.

[2]) Leonhard, Fahrnis, S. 58; Strohal, a. a. O., S. 86.

[3]) Leonhard, ebendort, S. 59.

Schluß gerechtfertigt, daß sich der Besitzerwerb durch Mittelspersonen nach objektiven Grundsätzen bestimmt.

§ 14. Der Erwerb des mittelbaren Besitzes gemäß § 868 BGB.

Als Voraussetzung des Eigentumserwerbes wird in § 929 neben der Einigung die Übergabe verlangt. Über das letztere Erfordernis herrscht indessen keine Einigkeit. Während Leonhard[1]) eingehend darlegt, daß unter Übergabe nur die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes für den Erwerber zu verstehen sei[2]), vertritt die Mehrzahl der Autoren[3]) die Ansicht, daß unter dem Begriff der Übergabe auch der Erwerb des mittelbaren Besitzes seitens des Erwerbers falle.

Das BGB. nennt in dem § 868 Nießbrauch, Pfandrecht, Pacht, Miete und Verwahrung als Fälle der Besitzmittlung. Nießbraucher, Pfandgläubiger usw. sind die unmittelbaren Besitzer der Sache, neben ihnen steht der mittelbare Besitzer, meist, nicht immer, der Eigentümer. Das Gesetz zählt die Fälle nicht erschöpfend auf. Vielmehr soll gleiches gelten, wenn jemand eine Sache auf Grund eines ähnlichen Verhältnisses besitzt, „vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist". Dies mag nun allgemein für den Beauftragten zutreffen. Auch er ist zum Besitz der Sache berechtigt und verpflichtet. Die Verwahrungspflicht ergibt sich aus dem Inhalt des Auftragsvertrages. Anders jedoch, wenn der Beauftragte, in unserem Falle der Geschäftsmittler, die Sache von einem Dritten

[1]) S. 57.

[2]) Ebenso Matthiass 1914, § 161, S. 466; vgl. auch Enneccerus-Wolff, § 66,I 1.

[3]) Planck-Brodmann zu § 929,3; Biermann zu § 929,3 b α; Strohal, a. a. O., S. 43; Crome, III § 400,4; Rosenberg zu § 868,3; Cosack, II § 198,2; v. Tuhr, II 2, S. 373; Langen, a. a O., S. 86 ff.; Isay, a. a. O., S. 343 ff.

erhält[1]). Hier könnte zweifelhaft sein, ob eine solche Ähnlichkeit vorliegt.

Windscheid-Kipp[2]) sucht die Ähnlichkeit darin, daß der Gläubiger den unmittelbaren Besitz regelmäßig wiedererlange. Der mittelbare Besitzer beherrsche nach der regelmäßigen Erfahrung des Lebens die Sache, obwohl er sie nicht unmittelbar in der Hand habe. Diese Regelmäßigkeit ist jedoch nur scheinbar. Es steht dem mittelbaren Besitzer jederzeit frei, die Sache einem Dritten zuzuwenden. In vielen Fällen wird diese Ansicht uns keinen genügenden Anhalt geben, da es zweifelhaft sein kann, ob eine solche Herrschaft nach den Lebensanschauungen besteht. Andererseits führt sie zu sachlich unbefriedigenden Ergebnissen. Behält sich der Verkäufer das Eigentum an der verkauften und übergebenen Sache vor, so beherrscht er zwar nach der Erfahrung des Lebens noch die Sache; aber er ist deshalb nicht mittelbarer Besitzer der Sache. Ist der Kauf etwa unter Aufschub der Lieferung zustande gekommen, so ist deshalb der Käufer noch nicht mittelbarer Besitzer[3]).

Strohal[4]) sieht es als entscheidend an, daß der Besitz dem unmittelbaren Besitzer anvertraut sein müsse, und versteht darunter, daß der Besitz des Mittlers sich unmittelbar aus den Besitz des mittelbaren Besitzers ableiten müsse. Seine Ansicht stimmt jedenfalls nicht für diejenigen Fälle, in denen der Mittler aus eigenem Recht den Besitz erhält, wie der Ehemann (§ 1373), der Testamentsvollstrecker (§ 2205) und der Vormund (§§ 1793 ff.), so daß Strohal in diesen Fällen selbst ein anderes Merkmal aufstellt. Entschlossener

[1]) Leonhard, Fahrnis, S. 60.

[2]) A. a. O., S. 795.

[3]) Planck-Brodmann zu § 868,2 b.

[4]) Jherings Jahrb. Bd. 38, S. 20 ff.

hat Endemann[1]) obige Ansicht durchgeführt, indem er für notwendig hält, daß der mittelbare Besitz immer durch eine Nachfolge des Besitzmittlers in den Besitz des nunmehrigen mittelbaren Besitzers entstehen müsse. Dem widerspricht, daß dann der Vormund nicht für das Mündel, der Testamentsvollstrecker nicht für die Erben von einem Dritten eine Sache empfangen könnte. Es erscheint auch nicht praktisch, die Bedeutung des mittelbaren Besitzes in dieser Weise außerordentlich zu beschränken[2]). Nach Biermann[3]) muß der vermittelnde Besitzer sein Recht oder seine Verpflichtung zum Besitz von dem mittelbaren Besitzer ableiten. Daher sei auch der Verkäufer, der die verkaufte Sache erst nach einer bestimmten Zeit übergeben soll, nicht etwa in der Zwischenzeit Besitzmittler. Das ist richtig. Jedoch müßte nach Biermann der Verkäufer, der sich bis zur Zahlung des Kaufpreises das Eigentum vorbehalten hat, mittelbarer Besitzer sein. Sicher ist das Recht zum Besitz von dem Verkäufer abgeleitet, und es besteht eine wenn auch bedingte Verpflichtung des Käufers, die Sache herauszugeben. Erst recht ist nicht davon zu sprechen, daß der Vormund, der Testamentsvollstrecker sein Recht von dem Mündel bzw. dem Erben ableitet.

Gänzlich abzulehnen ist die von Przibilla[4]) vertretene Meinung, daß der Besitzmittler den mittelbaren Besitzer anerkennen müsse. Verpachtet mir A, den ich fälschlich für den Besitzer und Eigentümer halte, einen Acker, so wird A nicht dadurch zum mittelbaren Besitzer, daß ich seinen Oberbesitz anerkenne. Auch das Gesetz beachtet den Willen des Mittlers nicht.

[1]) A. a. O., III, § 32,2 a, S. 126 ff.

[2]) Vgl. insbesondere Leonhard, Fahrnis, S. 61.

[3]) A. a. O. zu § 868,2 c; ebenso Enneccerus-Wolff, § 8 I,1 a.

[4]) A. a. O., S. 396 ff.

Durch die Abtretung des Herausgabeanspruches geht der mittelbare Besitz ohne weiteres auf den Dritten über. Leonhard[1]) legt demgegenüber dar, daß der Mittler immer den Besitz auf Kosten fremden Vermögens erlange. Der mittelbare Besitz bringe daher immer ein Vermögensopfer. Unter Anlehnung an Leonhard kommt auch Kober[2]) zu dem gleichen Ergebnis, wobei er davon ausgeht, daß der Besitz von dem mittelbaren Besitzer an den unmittelbaren Besitzer als Besitzmittler gelangen müsse, und er dies dahin verstehen will, daß das Besitzgrundverhältnis, als Ganzes und allgemein gedacht, von dem mittelbaren Besitzer sich ableiten müsse. Der Besitz und der Erwerb des unmittelbaren Besitzers stelle sich als Vermögensstück des mittelbaren Besitzers dar. Daher erwerbe der Verpächter an den durch den Pächter neu angeschafften Sachen ohne weiteres Besitz[3]). Ebenso drückt sich Brodmann[4]) aus. Ähnliche Rechtsverhältnisse seien vorliegend, wenn der Eigentümer oder ein Dritter, ohne seine Rechte aufzugeben, und ohne sie aus seinem Vermögen fortzugeben, eine Sache einem anderen zum Gebrauch, zur Nutzung oder zwecks einer vertragsmäßig festgesetzten, pflichtmäßigen Behandlung auf Zeit überlasse. Nicht zu billigen ist allerdings, daß die Sache selbst unmittelbar aus dem Vermögen des mittelbaren Besitzers kommen müsse. Dies scheint auch Brodmann nicht so sehr betonen zu wollen, da er an anderer Stelle[5]) davon spricht, daß der Beauftragte die Sache auch von einem Dritten erhalten könne. Nur müsse der Mittler in diesem Falle dem Auftraggeber Eigentum erwerben.

---

[1]) A. a. O., S. 61.
[2]) Staudinger-Kober zu § 868,I 2 b.
[3]) Siehe dieses Beispiel bei Leonhard, ebendort.
[4]) Ebendort.
[5]) Brodmann zu § 868.

Meist wird das Vermögensopfer eben in der Überlassung des Besitzes bestehen; doch genügt auch eine sonstige Vermögensminderung; sei es, daß der mittelbare Besitzer eine Forderung verliert, wenn etwa der Bevollmächtigte eine Forderung einzieht, oder daß er eine Schuld erlangt; so, wenn der Bevollmächtigte eine Sache im Namen des Vollmachtgebers kauft und sich übergeben läßt.

Betrachten wir im einzelnen, in welchen Fällen der Beauftragte dem Geschäftsherrn mittelbaren Besitz erwirbt. Zunächst besteht die Möglichkeit, daß der obligatorische Vertrag des Beauftragten mit dem Dritten ausdrücklich oder stillschweigend (§ 164 II) auf den Namen des Beauftragten zustande kommt. Im Zweifel geht der Inhalt des dinglichen Vertrages dahin, daß der Beauftragte Eigentum erwerbe. Wird aber der Geschäftsmittler Eigentümer, so kann die Sache nicht als Vermögensstück des Geschäftsherrn gelten. Der Vertretene wird nicht mittelbarer Besitzer der Sache. Diese Auffassung ist in gleicher Weise von der zweiten Kommission vertreten worden. Es könne, wenn der Beauftragte zwar in Ausführung des Auftrags, aber in eigenem Namen den Besitz von Sachen erworben habe, aus seiner Verpflichtung, den Besitz dem Auftraggeber zu übertragen, nicht gefolgert werden, daß der Auftraggeber mittelbarer Besitzer geworden sei. Wesentlich mit Rücksicht hierauf sei es abgelehnt worden, den mittelbaren Besitz dahin festzulegen, daß der unmittelbare Besitzer die Sache für einen anderen besitze[1]). Treffend führt auch Brodmann[2]) an, daß die Sache als solche noch nicht dem Vermögen des Auftraggebers angehöre, sich vielmehr erst auf dem Wege dorthin befinde. Würde man dem Geschäftsherrn mittelbaren

[1]) Prot. II, 3, S. 325.

[2]) Zu § 868,2 b β.

Besitz zusprechen, so werfe gleichsam ein kommendes Ereignis seinen Schatten voraus.

Handelt der Beauftragte im Namen des Herrn, so ist der obligatorische Vertrag mit unmittelbarer Wirkung für den Herrn abgeschlossen. Durch die Übergabe verliert der Geschäftsherr eine Forderung. Die Sache ist also auf seine Kosten gelangt. Er wird mittelbarer Besitzer.

Anders dagegen, wenn im Gegensatz zu der Grundbeziehung der dingliche Vertrag auf den Beauftragten hinweist. Auch hier schließt der Eigentumserwerb des Beauftragten aus, daß die Sache als Vermögensstück des Herrn angesehen werden kann, so daß mittelbarer Besitz nicht entsteht.

Endlich kann das Kausalgeschäft zwar durch den Beauftragten in eigenem Namen getätigt werden, der dingliche Vertrag aber auf den Geschäftsherrn hinweisen. Die Sachlage ist insofern eigenartig, als einerseits der Eigentumserwerb des Herrn notwendig ist, damit dieser mittelbarer Besitzer wird[1]), andererseits nach der herrschenden Meinung wiederum die Erlangung des mittelbaren Besitzes Voraussetzung dieses Eigentumserwerbes ist. Man wird aber vom Standpunkt der herrschenden Meinung aus dieses Zusammenfallen der sich gegenseitig bedingenden Voraussetzungen genügen lassen, um dem Geschäftsherrn Eigentum und mittelbaren Besitz zuzusprechen. Die gleiche Schwierigkeit liegt vor, wenn der Beauftragte zunächst in seiner Person Eigentum erwirbt und dieses durch Selbstkontrahieren gemäß § 181 auf den Geschäftsherrn überträgt. Ist letzterer Eigentümer geworden, so besteht sein Vermögensopfer darin, daß der Beauftragte den Besitz der Sache inne hat.

[1]) Planck-Brodmann, ebendort.

§ 15. Die Bedeutung des Willens.

Die Grundlage des mittelbaren Besitzes ist die durch das Rechtsverhältnis vermittelte Macht des Besitzherrn[1]). Die Rechtsordnung verschafft nicht nur dem unmittelbaren Gewalthaber der Sache die Beachtung seiner Herrschaft, sondern auch dem über ihm stehenden Gewalturheber. Diese wenn auch schwächere Macht stützt sich auf das bestehende Rechtsverhältnis, das nicht rechtsgültig zu sein braucht; auch das mangelhafte Geschäft bildet eine tatsächliche Grundlage des mittelbaren Besitzes[2]). Das Rechtsverhältnis ist das objektive Merkmal des mittelbaren Besitzes, was freilich bestritten ist und daher einer näheren Betrachtung bedarf.

Insbesondere hat neuerdings Bruns[3]) versucht, die Notwendigkeit des Besitzwillens bei dem Geschäftsherrn und des Vermittelungswillens bei dem Beauftragten darzulegen. Er betrachtet diesen Willen als weitere Voraussetzung neben dem Vorliegen eines Rechtsverhältnisses nach § 868. Besonders deutlich trete das Willensmoment beim Besitzerwerb durch Mittelspersonen zutage. Sei ein Auftrag erteilt, eine Sache direkt dem Auftraggeber zu erwerben und erwerbe nun wirklich der Beauftragte, so müsse jede Theorie, die nur auf das objektive Vorliegen eines Rechtsverhältnisses und nicht auf den Besitzwillen sehe, das

[1]) So Enneccerus-Wolff, S. R. § 8 III; Planck-Brodmann, Vorbem. 4 b zu §§ 854 ff.; Staudinger-Kober zu § 868,4 a; Langen, a. a. O., S. 86; Strohal, a. a. O., S. 17; Gierke, D. Priv. Recht § 114, Anm. 14; Leonhard, Fahrnis, S. 70; a. A. Biermann zu § 868,1 b; Wendt, Arch. ziv. Prax. Bd. 87, S. 47 ff.

[2]) Planck-Brodmann zu § 868,3; Staudinger-Kober zu § 868 II,2; Biermann zu § 868,2 b; Leonhard, a. a. O., S. 71; a. A. Bruns, S. 157 ff.

[3]) A. a. O., S. 164 ff.

Entstehen mittelbaren Besitzes annehmen, selbst wenn der Mittler die Sache für sich erwerben wolle. Daß dem nicht so ist, beweisen die vorhergehenden Ausführungen. Allerdings wird nicht nur das objektive Vorliegen eines Rechtsverhältnisses verlangt, es ist ebenfalls notwendig, daß die Sache ein Vermögensstück des mittelbaren Besitzers darstellt. Auch diese Voraussetzung bestimmt sich nach objektiven Grundsätzen. Bruns verneint folgerichtig die Geltung des Offenheitsprinzips. Ob der Vertreter in eigenem oder fremdem Namen auftrete, spiele keine Rolle. Er hält den Willen der Beteiligten zwar für wesentlich, schränkt seine Bedeutung jedoch gleich darauf wieder ein. Da auch er nicht den inneren Willen für maßgebend hält, sondern nur den geäußerten Willen, ist er genötigt, nach äußeren Kennzeichen dieses Willens zu suchen. Er meint daher, der Wille brauche nicht im Einzelfalle erforscht zu werden; maßgebend sei die typische Gestaltung der Verhältnisse, und diese äußere sich in dem vereinbarten Rechtsverhältnis. Damit ist er jedoch zur objektiven Beurteilung zurückgelangt. Er meint weiter, diese Vermutung könne durch den Nachweis des Eigenerwerbswillens bei der Tradition widerlegt werden[1]). Sollte letzteres nichts anderes sein als eine versteckte Wiedereinführung des Offenheitsprinzips?

Wie der Wille der Beteiligten nicht imstande ist, ein mittelbares Besitzverhältnis entstehen zu lassen[2]), so ist er auch nicht geeignet, dieses zu beenden. Insbesondere kann der mittelbare Besitz nicht einseitig durch den Mittler beendet werden[3]). Brodmann

[1]) A. a. O., S. 165, S. 169.

[2]) Vgl. Leonhard, Fahrnis, S. 71.

[3]) So Staudinger-Kober zu § 868 V 2 b; Leonhard, a. a. O., S. 73 ff; Bruns, a. a. O., S. 158; a. A. Planck-Brodmann zu § 868,4 b β; Biermann zu § 868,7 b; Enneccerus-Wolff, S. R. § 15 II,2; Aravantinos, Jherings Jahrb. Bd. 48, S. 115 u. a.

begründet die gegnerische Ansicht aus dem Wortlaut des § 868. Mittelbarer Besitz liege vor, wenn jemand als Nießbraucher, Mieter usw. besitze. Durch das Wort als werde ein subjektives Erfordernis aufgestellt, das auch für die ähnlichen Rechtsverhältnisse gelte. Dieses Erfordernis falle z. B. weg, wenn der Mieter erkläre, nicht mehr das Mietverhältnis anerkennen zu wollen. Der mittelbare Besitz des Vermieters ende mit dieser einseitigen Handlung. Ist die Begründung aus dem Wortlaut schon nicht durchschlagend, so spricht noch mehr die Unbilligkeit des Ergebnisses gegen diese Ansicht. Eine schwere Schädigung des mittelbaren Besitzers ist nicht zu vermeiden. Eine Klage auf Feststellung des Mietverhältnisses hilft ihm nicht. Er verliert seinen Schutzanspruch aus § 869, ferner unter Umständen den Anspruch aus § 1007. Der Mittler hätte es einseitig in der Hand, dem Herrn die Vermutung des § 1006 zu entziehen. Auch könnte eine Ersitzung jederzeit durch den Mittler unterbrochen werden[1]). Gegen die Brodmannsche Ansicht spricht auch der § 878, der ausdrücklich bestimmt, daß der mittelbare Besitz fortbesteht, wenn der Mittler zugleich einem anderen gegenüber mittelbarer Besitzer ist. Der Wille des Besitzmittlers ist insofern ohne Bedeutung. Für die Erlangung und Beendigung des mittelbaren Besitzes sind lediglich objektive Merkmale bestimmend.

§ 16. Die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes durch die Übergabe.

Hält man mit der herrschenden Meinung[2]) das Erfordernis der Übergabe in § 929 durch die Erlangung mittelbaren Besitzes für erfüllt, so ist damit die Frage

[1]) Vgl. hierzu Leonhard, S. 74; Bruns, a. a. O., S. 158.

[2]) Biermann zu § 929,3 b α; Planck-Brodmann zu § 929,3; Staudinger-Kober zu § 929 IV 2 b β; und dortige Literaturangabe.

nach dem Eigentumserwerb durch einen Beauftragten beantwortet. Der Geschäftsherr wird Eigentümer, da die Voraussetzungen des § 929, Einigung und Übergabe, gegeben sind. Maßgebend im Einzelfall ist jedoch immer, ob Einigung und Übergabe offen auf den Vertretenen hinweisen: das Offenheitsprinzip. Für die Einigung ergibt sich die Anwendung dieses Grundsatzes aus den Bestimmungen der §§ 164 ff. Aber auch für die Erlangung des mittelbaren Besitzes ist das Offenheitsprinzip insofern wesentlich, als die Sache nur dann mit der Übergabe an den Geschäftsmittler als Vermögensstück des Herrn gelten kann, wenn der dingliche oder subsidiär der obligatorische Vertrag auf den Geschäftsherrn als Erwerber hinweisen.

Gegen die herrschende Meinung sprechen jedoch schwerwiegende Bedenken. Schwierigkeiten für die Anwendung des § 929 ergeben sich nicht so sehr aus dem Erfordernis der Einigung, als aus der Frage, ob unter der Übergabe nur die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes für den Erwerber zu verstehen ist oder auch die Erlangung des mittelbaren Besitzes. Insbesondere hat Leonhard[1]) die Ansicht vertreten, daß eine Übergabe an Vertreter nicht möglich sei. Nach ihm bedeutet die Übergabe die Verschaffung des Besitzes, „und zwar des unmittelbaren Besitzes, der tatsächlichen Gewalt". Dies ergebe sich vor allem aus den §§ 930; 931/870. Das Gesetz bezeichne in dem § 930 den Erwerb des mittelbaren Besitzes als Ersatz der Übergabe. Auch in den §§ 931, 870 wird die Übergabe durch die Abtretung des Herausgabeanspruchs, d. h. nach § 870 durch die Erlangung des mittelbaren Besitzes nur ersetzt. Die Leonhardsche Ansicht führte allerdings zu unmöglichen Folgerungen, falls sie den für den Wirtschaftsverkehr unbedingt notwendigen Eigentumserwerb durch Vertreter verhindert. Leonhard ver-

[1]) Fahrnis, S. 57.

kennt indes nicht, daß der unmittelbare Erwerb des Herrn in vielen Fällen die einzige Möglichkeit bildet, diesen vor unbilligem Vermögensschaden zu bewahren. Er stützt diesen unmittelbaren Erwerb nicht auf den § 929, sondern auf die Erwerbsform des § 931, wonach für die Übertragung des Eigentums die Abtretung des Herausgabeanspruchs genügt, falls ein Dritter im Besitz der Sache ist. Im einzelnen begründet Leonhard[1]) die entsprechende Anwendung des § 931 durch folgende Überlegung: Übergebe der Veräußerer die Sache dem Geschäftsmittler, so gehe hierdurch noch nicht das Eigentum über. Der Veräußerer erhalte nach § 985 einen Anspruch auf Herausgabe der Sache. Diesen Anspruch trete er dem Erwerber ab, wobei der Mittler insofern notwendig zum Vertreter des Herrn werde. Zwar habe der Geschäftsherr meist schon einen persönlichen Anspruch; aber nunmehr werde ihm der stärkere, auch im Konkurs des Mittlers durchgreifende dingliche Anspruch zugewendet. Die Abtretung entspreche auch dem Rechtsfolgewillen der Parteien; denn, übergebe der Veräußerer die Sache dem Beauftragten, so wolle er, daß der Dritte die Sache als sein Eigentum von diesem fordern könne. Auf die von Leonhard weiter angeführten Gründe sei im folgenden bei der Erörterung der geltend gemachten Einwendungen eingegangen.

§ 17. Die gegnerischen Ansichten.

Der eine Teil dieser Einwendungen richtet sich gegen die Ablehnung des § 929, also gegen den von Leonhard verteidigten Begriff der Übergabe; ein anderer gegen die Möglichkeit der Anwendung des § 931; die übrigen gegen die Notwendigkeit dieser Anwendung, d. h. gegen die von Leonhard angeführten praktischen Gründe, wie sie sich aus der unterschiedlichen rechtlichen Wir-

[1]) Ebendort, S. 84 ff.

kung der §§ 929 und 931 ergeben. Wir werden in der gleichen Folge die verschiedenen Ansichten erörtern.

„Die Übergabe in dem § 929 bedeutet die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes." Gegen diese Feststellung wendet sich insbesondere Langen[1]). Zunächst sagt er etwas unklar, man könne keineswegs daraus, daß in obigen Fällen die Übertragung des mittelbaren Besitzes die Übergabe ersetze, folgern, daß gerade deshalb von einem Ersatz der Übergabe gesprochen werde. Dann fährt er fort: Grundsätzlich knüpfe zwar das BGB. die körperliche Übergabe als Voraussetzung an die Übertragung eines Eigentumsrechtes; ein starres Festhalten an diesem Grundsatz sei aber nicht möglich. Das Verkehrsbedürfnis verlange notwendig, daß in gewissen Fällen auch ohne körperliche Übergabe Eigentum übertragen werde. Daher seien die Möglichkeiten der §§ 930, 931 geschaffen worden. Man könne nur insofern von einem Ersatz sprechen, als hier das „Traditionsprinzip" durchbrochen sei. Die Lage des bisherigen Eigentümers zur Sache werden Dritten gegenüber nicht abgeändert, sondern bleibe dieselbe; dieses sei bei der eigentlichen Übergabe nicht möglich. So kommt er zu dem Ergebnis: „Der Unterschied zwischen der Übergabe in § 929 und deren Ersatz in §§ 930, 931 besteht nicht in der Wirkung, ob der neue Erwerber unmittelbaren oder mittelbaren Besitz erlange, sondern in der Form, wie der Besitz für den neuen Eigentümer übertragen wird. Erfolgt eine reale Tradition, so liegt Besitzübertragung durch Übergabe vor; erfolgt die Besitzübertragung ohne reale Hingabe, so liegt nur Ersatz einer Übergabe vor."[2])

Die Begründung Langens hat den Mangel, daß sie die streitige Frage nur von dem Standpunkt des Ver-

[1]) A. a. O., S. 92 ff.

[2]) Vgl. auch Rümelin, a. a. O., S. 262; Isay, S. 342; Planck-Brodmann zu § 929,5; Planck-Greiff, Erl. 6.

äußerers aus betrachtet. Diese Einseitigkeit läßt das Wesentliche darin erblicken, ob der Veräußerer seine tatsächliche Gewalt aufgibt oder nicht, ohne zu beachten, daß eine Betrachtung vom Standpunkte des Erwerbers aus richtiger ist. Ihr Ergebnis ist, daß eine Übergabe nur bei der Verschaffung des unmittelbaren Besitzes vorliegt.

Die Anwendung des § 931 ist heftig angegriffen worden. Man wendet ein, der Eigentumsübergang auf der Grundlage des § 931 entspreche nicht dem Willen bzw. den Willenserklärungen der Parteien[1]). Gewiß sei bei der Auslegung des Willens ein billiger Spielraum nicht zu versagen; aber die Auslegung dürfe nicht dahin führen, an die Stelle des wirklich vorhandenen, zur Rechtserzeugung aber nach objektivem Rechte nicht hinreichenden Willens einen anderen Willen zu setzen, bei dessen Vorliegen die Parteien nunmehr ihren Zweck erreichen. Die notwendige Folgerung müßte daher für die Leonhardsche Auffassung sein, daß Eigentum überhaupt nicht übertragen werde. Dem Ausgangspunkte dieser Darlegungen ist nicht beizupflichten. Der Wille der Parteien geht weder auf eine Übertragung nach dem § 929, noch auf eine solche nach § 931. Die Parteien bezwecken den Eigentumsübergang; auf welchem Wege sie dies erreichen, wissen sie nicht; es ist ihnen auch gleichgültig[2]). Nur der Zweck soll erreicht werden. Das Eigentum soll übertragen werden „eben auf dem Wege, der es ermöglicht"[3]). Die Annahme Leonhards widerspricht demnach in keiner Weise den Auslegungsregeln.

Weiter wird geltend gemacht, daß der Anspruch des Tradenten auf Herausgabe der Sache nicht oder nicht

[1]) Langen, a. a. O., S. 89.

[2]) Vgl. die bekannte Anfrage bei den Hamburger Kommissionären; Lenel, a. a. O., S. 46.

[3]) Leonhard, Fahrnis, S. 85.

immer bestehe. Übergebe der Veräußerer die Sache dem sich ausweisenden Bevollmächtigten, nachdem die Übergabe mit dem Geschäftsherrn vereinbart worden sei, so stehe im Augenblick der Übergabe dem Veräußerer ein Anspruch auf Herausgabe nicht zu. Es fehle der Rechtsgrund eines solchen Anspruches, aber auch jedes Interesse des Veräußerers, der ja für seine Forderung befriedigt sei[1]). Langen meint, das von Leonhard gebildete Beispiel entgehe dieser Schwierigkeit, weil dort die Mittelsperson für den Veräußerer und nicht als Vertreter des Dritten den Besitz erhalten habe. Seine Begründung findet der nach Leonhard abgetretene Anspruch im § 985 BGB. Solange das Eigentum noch nicht auf den Erwerber übergegangen ist, bleibt der Veräußerer Eigentümer und kann die dem Eigentum entspringenden Rechte — § 985 — geltend machen. Ob einer Klage aus § 985, da der Veräußerer in dem von Langen gewählten Beispiel befriedigt ist, eine Einrede gemäß § 985 II, 433 entgegensteht, ist für das Bestehen des Anspruchs aus § 985 bedeutungslos, da die Einrede den Anspruch nicht vernichtet.

Leichter macht sich Isay[2]) die Verneinung des Herausgabeanspruches. Zwar finden wir auch bei ihm obige widerlegte Folgerung angedeutet; im wesentlichen jedoch beruft er sich auf die zeitliche Folge des ganzen Vorganges. Da der Moment der Hingabe bereits die Abtretung des erstentstehenden Anspruchs darstelle, werde ein Anspruch abgetreten, der noch nicht bestehe. Zwar könne man einen bedingten Anspruch abtreten; indessen komme dies nicht in Frage, da jedenfalls die Entstehung des Anspruchs Voraussetzung sei. Dieses sei nicht der Fall, denn uno actu, im selben Augenblick, in dem der Veräußerer die Sache weggebe, habe er

[1]) Langen, a. a. O., S. 90; vgl. auch Isay, a. a. O., S. 344.
[2]) Ebendort.

schon die Abtretung vollzogen. Man braucht sich nur vorzustellen, daß die Abtretung zu dem Zeitpunkt erfolgt, in welchem der Mittler die tatsächliche Gewalt soeben erlangt hat, um die Unhaltbarkeit obiger Ausführungen zu erkennen.

Wohl am häufigsten ist der Leonhardschen Konstruktion der Vorwurf gemacht worden, daß sie „gekünstelt" sei[1]). Dies ist um so merkwürdiger, als mit diesem Vorwurf gar nichts gesagt ist. Mit derselben Berechtigung kann man die ganze Begriffsjurisprudenz als etwas „Gekünsteltes" ablehnen. Leonhard selbst wendet sich an anderer Stelle scharf gegen diese Art der Kritik[2]).

Zu welchen Folgerungen führt nun der Gegensatz zwischen der Leonhardschen Konstruktion und der herrschenden Meinung? Man könnte geneigt sein, die Bedeutung des Gegensatzes in der unterschiedlichen Wirkung des öffentlichen Glaubens für den Eigentumserwerb zu sehen. Leonhard[3]) legt jedoch eingehend dar, daß der Schutz des gutgläubigen Erwerbers auch hier mit der Abtretung des Anspruchs eintreten muß. Maßgebend für den Schutz des guten Glaubens sei immer, daß der Veräußerer „alle Macht, die er hat, bei der Veräußerung aufgibt, damit sich kein bedenklicher Zwischenraum zwischen die Veräußerung und die Verschaffung des Besitzes einschiebt". Nach § 934 genügt es, wenn der Veräußerer seinen mittelbaren Besitz aufgibt. Erst recht müsse es dann genügen, wenn er sogar seinen unmittelbaren Besitz aufgebe.

Die praktische Bedeutung liegt vielmehr darin, daß bei Anwendung des § 931 für etwaige dingliche Rechte des Vertreters Raum bleibt. Bei der wirklichen Über-

[1]) Planck-Greiff zu § 929,6; Isay, a. a. O., S. 343; Rümelin, a. a. O., S. 261; Langen, a. a. O., S. 91.

[2]) Krit. Vierteljahresschrift, 3. Folge, Bd. VII, S. 425.

[3]) Fahrnis, S. 86 ff.

gabe erlöschen nach § 936 alle dinglichen Rechte mit dem Erwerbe des Eigentums, wenn der Erwerber in gutem Glauben ist. Diese Regel gilt nach Abs. 1, Satz 2 auch dann, wenn der Veräußerer bei der Tradition seinen mittelbaren Besitz aufgegeben hat; entsprechend unseren obigen Ausführungen also erst recht, wenn er seinen unmittelbaren Besitz aufgibt. Aber der Absatz 3 des § 936 enthält eine Ausnahme dieser Regel: „Steht im Falle des § 931 das Recht dem dritten Besitzer zu, so erlischt es auch dem gutgläubigen Erwerber gegenüber nicht." Auch dem Vertreter gebührt der Schutz des § 936 III. Seine dinglichen Rechte an der Sache müssen auch dem Herrn gegenüber geschützt werden, was von nicht zu unterschätzender Bedeutung ist. Der Vermieter, der eingebrachte Sachen des Mieters, an denen er wegen seiner Forderungen ein gesetzliches Pfandrecht hat, von dem Mieter im Auftrage eines Dritten kauft und übertragen läßt, um mit einem Teil des Erlöses seine Forderungen zu begleichen, behält nach dieser Ansicht sein Pfandrecht an den Sachen, während er nach der herrschenden Meinung das Pfandrecht verlieren muß. Welcher Grund sollte bestehen, ihm dieses Pfandrecht zu nehmen[1])?

Man hat dem widersprochen, teils indem man versuchte darzulegen, daß sich dieselbe Wirkung auch bei Anwendung des § 929 ergebe, oder indem man die Bedeutung dieser Wirkung abstritt[2]). So hält es Isay[3]) für durchaus billig, wenn ein dingliches Recht des Mittlers untergehe, von dem der Geschäftsherr nichts wisse. Der Mittler könne ja kraft eigenen Rechtes den Besitz erwerben. Dem muß widersprochen werden. Gerade das angeführte Beispiel beweist, daß der Mittler häufig

[1]) Siehe weitere Beispiele bei Leonhard, S. 87 ff.

[2]) Vgl. dagegen insbesondere Leonhard, Krit. Vierteljahresschrift, a. a. O., S. 425.

[3]) A. a. O., S. 345.

ein großes Interesse daran hat, Besitz und Eigentum für einen Dritten zu erwerben, um eben mit dem Erlös seine das Pfandrecht begründende Forderung zu befriedigen. Bis zu dieser Befriedigung, die regelmäßig gleichzeitig mit der Bezahlung erfolgt, ist es billig, sein Pfandrecht bestehen zu lassen. Allerdings ist Isay zuzustimmen, wenn er feststellt, daß nur solche Rechte erlöschen, die bereits vor der Übergabe begründet sind, nicht aber solche, die erst durch die Übergabe entstehen. Dies wird in den Fällen des Spediteurs, Lagerhalters, Frachtführers meist zutreffen, braucht jedoch nicht notwendig der Fall zu sein. Leonhard wendet hiergegen richtig ein, daß der Spediteur z. B. schon durch den Erhalt des Lagerscheines ein Pfandrecht haben könne. Nach der herrschenden Meinung müßte dieses Pfandrecht untergehen, wenn der mit der Empfangnahme beauftragte Spediteur die Sache erhalte.

Greiff[1]) ist der Auffassung, daß die Ansicht der herrschenden Meinung im praktischen Ergebnis der hier vertretenen gleichstehe. Notwendig sei nach § 936, Abs. 2 immer, daß der Erwerber in Ansehung der dinglichen Rechte in gutem Glauben sei. Da aber hierfür nach § 166 die Kenntnis oder das Kennenmüssen des Vertreters entscheidend sei, so werde dem Geschäftsherrn die Kenntnis des Mittlers zugerechnet. Er sei also nicht in gutem Glauben, so daß demnach die dinglichen Rechte des Vertreters bestehen bleiben würden. Dieser Einwand versagt jedoch, wenn der Mittler bei der Einigung selbst vertreten wird[2]). Er ist deshalb nicht richtig, weil Drittberechtigter und Bösgläubiger in den §§ 932 ff. verschiedene Personen sein müssen, wenn ein Dritter das Eigentum an der Sache erwirbt. So kommt es auf den guten Glauben des Erwerbers an. Er erwirbt gutgläubig Eigentum an der Sache des Mitt-

[1]) Greiff in Planck-Greiff zu § 929,6.
[2]) Leonhard, Krit. Vierteljahresschrift, S. 425.

lers, die sich im Besitze eines Dritten, der Veräußerers, befand. Es muß dem Mittler überlassen bleiben, den guten Glauben des Herrn zu zerstören. Gerade von diesem Grundsatz macht der § 931, Abs. 3 eine Ausnahme, da es auf den guten Glauben hier nicht mehr ankommt.

Wir gelangen somit zu dem Ergebnis, daß bei dem Eigentumserwerb durch Beauftragte ein unmittelbarer Erwerb des Herrn auf Grund des § 931 möglich ist. Voraussetzung ist die offene Vertretung des Herrn bei der Einigung und die stillschweigende Abtretung des Herausgabeanspruchs des Veräußerers an den Geschäftsherrn.

§ 18. Die Besitzdienerschaft.

Mußte im vorhergehenden die Möglichkeit einer Vertretung bei der Übergabe abgelehnt werden, so ist sie bei der Besitzdienerschaft gestattet. § 855: „Übt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat, so ist nur der andere Besitzer." Die in dem § 855 bezeichneten Fälle bilden eine Ausnahme von dem Grundsatz, daß jeder, der die tatsächliche Gewalt über eine Sache erlangt hat, als Besitzer anzusehen ist. Anders meint Brodmann[1]), der § 855 enthalte lediglich eine Erläuterung der tatsächlichen Gewalt des § 854, I. Für die Beurteilung der tatsächlichen Beziehung einer Person zu einer Sache sei die Verkehrsanschauung maßgebend; nach ihr habe der Dienstherr die „tatsächliche Macht" an den Sachen, die er seinem Angestellten und Dienstboten zum Gebrauch überlasse. Diese Ansicht Brod-

[1]) Planck-Brodmann zu § 855,1; ebenso Staudinger-Kober zu § 855,II,4; Biermann zu § 855,1.

manns ist nicht zu billigen, denn die Beziehungen des Herrn zur Sache können so gelockert sein, daß sie eben keine wirkliche Macht mehr darstellen. Schickt der Bauer seinen Knecht mit einer Sache zum benachbarten Dorf oder bewacht der Diener allein Wochen hindurch ein Haus, so ist der wirkliche Gewalthaber der Knecht, der Diener[1]).

Das Gesetz schafft durch den § 855 die Möglichkeit des Besitzerwerbes durch einen Dritten. Voraussetzung des Erwerbes ist das Bestehen eines Besitzdienerverhältnisses. Als Beispiel wird das Ausüben der tatsächlichen Gewalt im Haushalt oder im Erwerbsgeschäft eines Dritten genannt. Das gleiche soll in ähnlichen Verhältnissen gelten, wenn der Besitzdiener den auf die Sache sich beziehenden Weisungen eines Dritten Folge zu leisten hat. Wann eine solche Ähnlichkeit vorliegt, ist im einzelnen von der Literatur verschieden beantwortet worden, wenn auch nicht zu verkennen ist, daß wesentliche Abweichungen im Ergebnis nicht zu finden sind.

Ausscheiden müssen zunächst die Fälle der sogenannten „momentanen Detention", die vielfach noch unter den § 855 gerechnet werden[2]). Sie beruhen auf anderer Grundlage und werden vom Wortlaut des § 855 nicht betroffen[3]). Allerdings erlangt der Gast, der in fremdem Hause ißt und trinkt, keinen Besitz an Messer, Gabel oder Glas; nicht wegen § 855, sondern weil die Sache in der tatsächlichen Gewalt des Wirtes bleibt. Schwerlich kann man behaupten, daß der Gast den Weisungen des Wirtes in bezug auf den Gebrauch des Messers usw. Folge zu leisten hat. Gleiches liegt vor, wenn der Freund oder ein Dienstmann neben mir meinen Koffer

[1]) Leonhard, Fahrnis, S. 63.

[2]) Planck-Brodmann zu § 855,2; siehe Literatur ebendort.

[3]) Biermann zu § 855,2; Leonhard, Fahrnis, S. 64; Bruns, a. a. O., S. 143.

trägt. Ich behalte den unmittelbaren Besitz, weil ich die tatsächliche Gewalt behalte. Wie verfehlt es ist, diese Fälle unter den § 855 einordnen zu wollen, zeigen die Darlegungen Rohdes[1]), der auf dieser Grundlage ein nahes räumliches Verhältnis des Besitzers zu dem Besitzdiener für notwendig hält.

Vielmehr liegt die Ähnlichkeit in dem sozialen Abhängigkeitsverhältnis, in dem sich der Besitzdiener in bezug auf die Sache befindet[2]). Dies geht auch aus der Entstehungsgeschichte hervor. Nach dem ursprünglichen Beschluß der zweiten Kommission sollten statt der Worte „ähnlichen Verhältnisse" die Worte „sonstiges Abhängigkeitsverhältnis" gewählt werden. Der Entwurf II § 778 sah aber nur „sonstige Verhältnisse" vor. Um Mißverständnisse zu vermeiden, beschloß man bei der Revision die jetzige Fassung. Eine sachliche Änderung gegenüber dem ursprünglichen Beschluß sollte hierdurch nicht eintreten[3]). Es ist also jeweilig zu fragen, ob ein solches Abhängigkeitsverhältnis vorliegt. Keine Rolle kann dabei die gesellschaftliche Stellung des Inhabers der tatsächlichen Macht spielen. Der Direktor eines großen Werkes ist Besitzdiener, der Dienstmann unter Umständen Besitzer[4]). Leonhard sieht das entscheidende Merkmal in dem Befehlsrecht des Herrn, der Gehorsamspflicht des Dieners. Seine Begriffsbestimmung dürfte uns in den meisten Fällen eine klare Beurteilung ermöglichen. Dieses Verhältnis kann somit nicht auf bloßer obligatorischer Gebundenheit beruhen. Das BGB. erschöpft sich in der Festlegung von An-

[1]) A. a. O., Abschnitt XX, S. 28 ff.; vgl. Kniep, a. a. O., S. 241.

[2]) Planck-Brodmann zu § 855,2; ähnlich Endemann, § 33,2; Strohal, a. a. O., S. 8; Biermann zu § 855,2 a; Staudinger-Kober zu § 855,3 a; Przibilla, Jherings Jahrb. 50, S. 348.

[3]) Planck-Brodmann, ebenda.

[4]) Leonhard, a. a. O., S. 65.

sprüchen oder Rechten an Sachen; außerhalb des Familienrechtes kennt es kein Befehlsrecht. Die Ungültigkeit des zugrunde liegenden Verhältnisses spielt keine Rolle, solange nur das Abhängigkeitsverhältnis in Wirklichkeit besteht. Der minderjährige Dienstbote, der den Dienstvertrag ohne Genehmigung des gesetzlichen Vertreters eingeht, ist Besitzdiener.

Die Wirkung der Besitzdienerschaft besteht darin, daß der Besitzherr jederzeit in den Besitz des Dieners eingreifen kann; allerdings nur, soweit dieser für ihn besitzt. Durch die Eigenschaft als Besitzdiener in bezug auf bestimmte Sachen ist nicht ausgeschlossen, daß er andere Sachen in eigenem selbständigen Besitz haben kann. So hat der Schaffner an der in seinem Eigentum stehenden Uhr Besitz, wenn er sie im Dienste des Herrn verwendet. Die Abgrenzung bereitet einige Schwierigkeiten. Ein sicher zutreffendes Merkmal, das in keinem Falle versagt, kann wohl kaum gefunden werden. Die Literatur sucht diese Schwierigkeit meist durch Einzelaufzählung zu umgehen[1]). Am besten erscheinen demgegenüber die Ausführungen Leonhards[2]), der sich auf einige Hauptsätze beschränkt, wobei er davon ausgeht, daß das Unterordnungsverhältnis sich auf die Sache beziehen muß. Kennzeichnend hierfür seien die örtliche Lage der Sache und die Zugehörigkeit der Sache zu Zwecken des Dienstes. Vielfach wird sich das eine aus dem anderen ergeben. Ein Abhängigkeitsverhältnis liegt noch vor, wenn der Dienstbote Einkäufe in der gleichen Stadt tätigt, aber nicht mehr, wenn er zum Ein- oder Verkauf in eine weit entfernte Stadt geschickt wird[3]). Die Zugehörigkeit der Sachen zum Dienstzweck ist bei dem Soldaten von Wichtigkeit.

[1]) Planck zu § 855.

[2]) A. a. O., S. 77.

[3]) So Leonhard, Fahrnis, S. 77; a. A. Planck-Brodmann zu § 855,2; RGE. Bd. 71, S. 248.

Die gleichen Momente sind für den Besitzerwerb durch einen Besitzdiener maßgebend. Auch der Erwerb bestimmt sich also nach objektiven Merkmalen[1]). Der Besitzdiener muß „als" Dienstbote usw. die Sache erhalten, d. h. er muß sie innerhalb des ihm zustehenden Geschäftskreises, innerhalb der Befehlsgewalt des Herrn erlangen[2]).

Weder genügend noch notwendig ist der Wille des Dieners. Die abstrakte Vereinbarung einer Besitzdienerschaft ist nicht möglich, weil hierdurch kein Befehlsrecht, kein Abhängigkeitsverhältnis entsteht. Deshalb muß auch Brodmann[3]) widersprochen werden, wenn er den unmittelbaren Eigentumserwerb des Geschäftsherrn durch einen Beauftragten mit der Begründung ermöglichen will, daß der Stellvertreter in der Lage sei, sich, was den Besitzerwerb angehe, zugleich als Gehilfe ganz in den Dienst des Geschäftsherrn zu stellen und hierdurch den unmittelbaren Übergang des Besitzes von dem Veräußerer auf den Herrn ermöglichen könne. Auch Bruns[4]) hält das Willensmoment für notwendig. Mit der Herstellung des Abhängigkeitsverhältnisses äußere der Herr den allgemeinen Willen, durch den Besitzdiener Besitz zu erwerben und auszuüben, und dieser den Willen, für den Herrn zu besitzen. Zwar sei im einzelnen Falle nicht der schwer feststellbare Individualwille zu erforschen, sondern die typische Willensgestaltung ohne weiteren Beweis der rechtlichen Beurteilung zu unterstellen. Diese Vermutung könne jedoch widerlegt werden. Damit kehrt Bruns zu der Bedeutung des objektiven Merkmals zurück. Nicht richtig ist aber, daß mit dem geäußerten Willen des

[1]) Lenel, a. a. O., S. 90 ff.; Leonhard, a. a. O., S. 76 ff.
[2]) Vgl. Przibilla, Jherings Jahrb. Bd. 50, S. 354.
[3]) A. a. O. zu § 929,5.
[4]) A. a. O., S. 149; ebenso Brodmann zu § 855,4; Wendt, a. a. O., S. 19 ff.

Dieners, für sich zu besitzen, das Abhängigkeitsverhältnis gelöst ist. Völlig unmöglich erscheint diese Auffassung für Sachen, die bereits im Besitze des Herrn sind, da es gerade das Wesen der Besitzdienerschaft ausmacht, daß der Herr jederzeit auch gegen den Willen des Dieners in dessen „wirkliche" Gewalt eingreifen kann. Aber dies gilt ebenso für den Besitzerwerb. Erlangt der Diener innerhalb seines Geschäftsbereiches eine Sache, so erwirbt der Herr auf Grund des § 855 Besitz, auch wenn der Diener den abweichenden Willen äußert, für sich besitzen zu wollen. Zweifelhaft kann allerdings sein, ob die Erlangung der tatsächlichen Gewalt durch den Diener in bezug auf eine bestimmte Sache innerhalb des Abhängigkeitsverhältnisses vor sich geht. Hier müssen die oben genannten Merkmale entscheiden. Ermöglichen sie keine Beurteilung, so wird man das Kausalgeschäft maßgebend sein lassen. Der Diener erwirbt also selbst Besitz, da dieses im Zweifel auf seinen Namen geht. Das Ergebnis erscheint auch billig. Dort, wo gar keine Merkmale für den Erwerb des Besitzes innerhalb des Abhängigkeitsverhältnisses vorliegen, muß Raum bleiben für den selbständigen Besitzerwerb des sonst abhängigen Dieners.

§ 19. Die Ausnahmen des Offenheitsprinzips.

Der Eigentumsübergang erfordert Einigung und Übergabe. Bei dem Eigentumserwerb durch Stellvertretung lagen die Schwierigkeiten zum Teil darin, daß eine Übergabe an den Vertretenen nicht möglich war. Bei dem Erwerb durch Besitzdiener ist die Übergabe, d. h. die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes, möglich; aber die Einigung verursacht Schwierigkeiten. Soll der Dienstbote für den Herrn eine Sache erwerben, so erfordert die praktische Notwendigkeit den unmittelbaren Eigentumserwerb desselben auch

dann, wenn weder die Grundbeziehung noch der dingliche Vertrag auf den Namen des Herrn zustande gekommen sind. Die Köchin, welche auf dem Markt Eßwaren ohne Kenntlichkeit ersteht, erwirbt das Eigentum unmittelbar dem Besitzherrn. Der Erwerb durch Besitzdiener bildet also eine wesentliche Ausnahme des Offenheitsprinzips.

Man hat diese Ausnahme verschieden zu begründen versucht. Lenel[1]) geht auf die geschichtliche Entwicklung zurück. Schon nach den römischen Quellen erwerbe der Prokurator — in dem Sinne des ständig fest angestellten Prokurators — und der Vormund unmittelbar dem Herrn bzw. dem Mündel, ohne daß es darauf ankäme, ob sie im eigenen oder im fremden Namen handelten. Nur müsse der Erwerb innerhalb ihres Geschäftskreises gelegen haben. Das Institut der Besitzdienerschaft zwinge zu einer analogen Ausdehnung. Dem Ergebnisse Lenels ist unbedingt zuzustimmen, obwohl seine Annahmen, soweit sie die römischen Quellen betreffen, zum Teil bestritten sind[2]). Leonhard[3]) meint, daß die Beziehung auf den Herrn meist durch die Person des Dieners kennbar sei. Dies mag häufig zutreffen; immerhin werden die gegenteiligen Fälle nicht minder zahlreich sein. In letzteren läßt Leonhard den Besitzdiener zunächst selbst Eigentum erwerben und dann sofort dem Herrn weiterübertragen. Es fehlt jedoch für den Eigentumserwerb des Besitzdieners die Voraussetzung der Besitzerlangung; der Besitzherr wird sofort unmittelbarer Besitzer. Für die Weiterübertragung fehlt andererseits die Kenntlichkeit, die allerdings auch bei der unmittelbaren Übertragung aufgegeben werden muß.

---

[1]) A. a. O., S. 90.

[2]) Leonhard, a. a. O., S. 49.

[3]) A. a. O., S. 47.

Allgemeine rechtliche Erwägungen lassen Biermann[1]) zu dem gleichen Ergebnis kommen. Erwerbe der Besitzherr nicht unmittelbar Eigentum, so entständen außerordentliche Schwierigkeiten. Der Besitzdiener könne nicht Eigentümer werden, da er nicht den Besitz erlange. Der Veräußerer bleibe nicht Eigentümer, da er sein Eigentum aufgegeben habe. Wolle man aber annehmen, daß der Geschäftsherr durch Aneignung Eigentümer werde, so könne an einer unterschlagenen Sache der Geschäftsherr trotz guten Glaubens kein Eigentum erwerben. Dieses Ergebnis ist nicht haltbar.

Der unmittelbare Erwerb des Herrn läßt sich bei strenger Anwendung der Vorschriften des BGB. nicht ermöglichen. Da jedoch das wirtschaftliche Bedürfnis diesen Erwerb fordert, werden wir eine Ausnahme von dem Grundsatz der Offenheit zulassen müssen[2]). Dem stehen keine Bedenken gegenüber. Es wurde schon darauf hingewiesen, daß die Eigenschaft des Besitzdieners dem Veräußerer häufig kenntlich sein wird. Sei es, daß die Person des Dieners als solche bekannt ist, oder daß sonstige Umstände auf die Besitzdienerschaft hinweisen. So kann diese Beziehung auf einen Dritten beim Kauf durch die Art, Menge usw. der Sachen hervortreten. Auch die Interessen des Verkäufers verlangen keine unbedingte Offenheit. Wird seine Forderung sogleich beglichen, so besteht für ihn selten ein weiteres Interesse. Andererseits ist im Falle des Kreditkaufs als Regel anzunehmen, daß der Besitzdiener schon in seinem eigenen Interesse das Auftragsverhältnis erkennen läßt. Ebenso versagen die Bedenken, die sich aus der Stellung des Stellvertreters ergaben, da der Besitzdiener ohnehin schon „den sich

[1]) A. a. O. zu § 929,3 b β.

[2]) Im Ergebnis ebenso Biermann zu § 929,3 b; Planck-Brodmann zu § 854,5; Staudinger-Kober zu § 164; Regelsberger, a. a. O., S. 426.

auf die Sache beziehenden Weisungen des Herrn Folge zu leisten hat"[1]). Die Durchbrechung der Offenheit ist also notwendig, aber auch unbedenklich.

Ähnliche Ausnahmen gelten im Familienrecht[2]). Erwirbt der Mann mit Mitteln des eingebrachten Gutes bewegliche Sachen, so geht mit dem Erwerb das Eigentum auf die Frau über. Wird der Mann im Namen seiner Frau tätig, so erlangt diese unmittelbar Eigentum. Im anderen Falle würde zunächst der Mann Eigentum an der Sache erlangen und lediglich verpflichtet sein, dieses weiterzuübertragen. Eine solche Verpflichtung genügt nicht, um die Frau vor einer unbilligen Schädigung im Konkurse des Mannes zu bewahren. Deshalb bestimmt der § 1381, daß das durch Rechtsgeschäft des Mannes Erworbene in gewissen Grenzen sofort in das Eigentum der Frau übergeht. Entsprechendes gilt, wenn der Inhaber der elterlichen Gewalt mit Mitteln des Kindes und für dessen Rechnung bewegliche Sachen erwirbt oder bei dem Erwerb der Frau im Rahmen der Schlüsselgewalt.

§ 20. Die Rechtsprechung des Reichsgerichtes.

Im folgenden seien die wesentlichen Reichsgerichtsentscheidungen einer Betrachtung unterzogen. Ein Vergleich mit den aufgestellten Grundsätzen wird von Wert sein, um so mehr als die Ergebnisse des Reichsgerichts im allgemeinen ein feines Billigkeitsgefühl erkennen lassen.

RG.Bd.30,S.142 ff.; 17.12.1892.

Die Klägerin hatte einen Agenten beauftragt, für sie ein Pferd zu erwerben und den Kaufpreis bereits im voraus bezahlt. Der Agent erhält jedoch das Pferd zum Geschenk und nimmt es in Besitz. Dem Eigen-

[1]) Leonhard, Fahrnis, S. 47.

[2]) Regelsberger, a. a. O. ebendort; Leonhard, a. a. O., S. 48.

tumsanspruch der Klägerin hat das Reichsgericht stattgegeben.

Das Reichsgericht geht entsprechend der herrschenden gemeinrechtlichen Auffassung von der maßgeblichen Bedeutung des Vertreterwillens aus. Gleichgültig sei, wen der Tradent zum Besitzer und Eigentümer zu machen beabsichtige. Der Wille des Vertreters sei maßgebend, selbst wenn eine Erklärung dieses Vertreterwillens, mit dem er in eigenem Namen kontrahiert habe, gegenüber dem Gegner fehle. Auf Grund einer solchen Willensvermutung hat das Reichsgericht der Klägerin Eigentum zugesprochen. Das Ergebnis ist offenbar unbillig. Die Klägerin hatte weder unmittelbaren noch mittelbaren Besitz erlangt, da für den Agenten keine Verpflichtung bestand, das geschenkte Pferd weiterzuübertragen, und das Pferd nicht als Vermögensstück der Klägerin erlangt war. Der Agent erwarb daher Eigentum. Merkmale einer Weiterübertragung des Eigentums auf die Klägerin liegen nicht vor. Die Entscheidung des Reichsgerichts zeigt, zu welchen unbilligen Ergebnissen die gemeinrechtliche Lehre führen konnte.

RG.Bd.99,S.208; 11.6.1920.

Der Sohn der Klägerin ist in deren Pferdehandelsgeschäft tätig. Er hat auswärts im Auftrage der Klägerin, aber in eigenem Namen, einen Kaufvertrag über zwei Pferde abgeschlossen, die mit der Bahn geschickt werden sollen. Klägerin beauftragt den Sohn, die Pferde abzuholen und sofort auf den Markt nach X. zu bringen, um sie dort zu verkaufen. In X. werden die Pferde auf Grund eines gegen den Sohn gerichteten Vollstreckungstitels gepfändet. Die Klägerin macht ihr Eigentum geltend und hat Erfolg.

Das Reichsgericht weist zunächst darauf hin, daß Kaufvertrag und dinglicher Vertrag scharf zu trennen seien. Im vorliegenden Falle komme es darauf an, ob

der Sohn als Eigentümer und unmittelbarer Besitzer der Pferde mit sich selbst als dem Vertreter und künftigen Besitzdiener der Klägerin einen dinglichen Vertrag dahin abgeschlossen habe, daß das Eigentum an den Pferden auf die Klägerin übergehen solle, und weiter darauf, ob er den Besitz auf die Klägerin übertragen und die tatsächliche Gewalt über die Pferde nur noch als Besitzdiener der Klägerin behalten wollte. Letzteres müsse kenntlich sein. Diese Voraussetzungen seien erfüllt, die Klägerin sei also Eigentümerin. Das Reichsgericht geht offenbar davon aus, daß der Eigentumsübergang sich mit der Absendung der Pferde noch nicht vollzogen hat[1]), und nimmt an, daß mit dem Abholen zunächst der Sohn Eigentum erwerbe und dieses nach § 181 erkennbar der Klägerin übertrage. Im Ergebnis ist dem Reichsgericht zuzustimmen, die Begründung jedoch nicht richtig. Es muß der Annahme widersprochen werden, daß der Sohn bei dem Erwerb der Pferde nicht als Besitzdiener gehandelt, vielmehr sich selbst kraft seines Willens später zum Besitzdiener gemacht habe. Daß der Sohn innerhalb des Abhängigkeitsverhältnisses handelte, ergibt sich aus seiner Beauftragung, aber auch daraus, daß er die Pferde entsprechend dem Auftrag nach X. brachte. Die Klägerin erlangt also unmittelbar Besitz und Eigentum. Ihr Sohn wird weder Besitzer noch Eigentümer.

RG.Bd.100,S.190; 2.11.1920.

Der Kläger hatte mit seiner damaligen Braut und späteren Ehefrau in einer Möbelfabrik Möbel ausgesucht und diese bestellt. Dabei war er in eigenem Namen als Käufer aufgetreten und auch vom Verkäufer als Käufer angesehen worden. Die Möbel wurden an ihn geliefert und mit der Eheschließung für die Einrichtung des Haushaltes verwendet. Die Bezahlung erfolgte mit

[1]) Vgl. RGE. Bd. 102, S. 40; Staudinger-Kober zu § 929,III,1 α.

Mitteln der Frau. Die Eheleute lebten später getrennt, wobei die Möbel der Frau überlassen und von dieser an die Beklagte veräußert wurden. Der Kläger verlangt die Herausgabe der Möbel auf Grund des § 985. Seine Klage hatte keinen Erfolg.

Das Reichsgericht geht in seiner Begründung davon aus, daß die Grundbeziehung auf den Namen des Klägers erfolgt sei. Aus den Umständen ergebe sich jedoch, daß dieser im Innenverhältnis Beauftragter seiner Braut gewesen sei. Dieses sei für die Beurteilung des dinglichen Rechtsverlaufes entscheidend. Es folgt sodann die Begründung des unmittelbaren Erwerbes der Braut sowohl auf der Grundlage des „Geschäftes, den es angeht" als auch durch das antizipierte Besitzkonstitut. Regelmäßig sei dem Veräußerer gleichgültig, für wen der Empfänger erwerbe. Es entscheide daher das Innenverhältnis. Auf der anderen Seite: „Ist ein Verhältnis nach § 868 vereinbart und hat der Stellvertreter zur Zeit der dinglichen Einigung und Besitzübertragung den mit dem Auftraggeber übereinstimmenden Willen, für den Auftraggeber zu erwerben, so wird dieser vermittels Besitzkonstitut Eigentümer." Beide Konstruktionen wurden von uns abgelehnt. Mangels Offenheit erwirbt vielmehr zunächst der Kläger Besitz und Eigentum. Es ist zu prüfen, ob eine Weiterübertragung an die Braut bzw. Ehefrau erfolgt ist. Eine solche Weiterübertragung liegt in der bei der Eheschließung erfolgten Gründung des Hausstandes. Zwar hat eine Übergabe an die Frau nicht stattgefunden, da der Kläger auf Grund des ehelichen Güterrechts[1]) besitzberechtigt bleibt. Das Verhältnis zwischen dem Ehemann und der Ehefrau stellt sich jedoch insofern gleichzeitig als mittelbares Besitzverhältnis dar[2]). Die

[1]) §§ 1373; 1443,I,2; 1519; 1549; 1550.

[2]) Planck-Brodmann zu § 868,2 b β; S. 87; Staudinger-Kober zu § 868,II,2; vgl. auch RG. Bd. 94, S. 341.

Möbel sind auf Kosten der Frau erlangt, da ihr Anspruch auf Besitzverschaffung erlischt. Da eine stillschweigende Einigung anzunehmen ist, erlangt die Ehefrau des Klägers Eigentum nach den §§ 930, 868. Wir kommen somit ebenfalls zu der Ablehnung des Klageantrages.

RG.Bd.109,S.167; 4.11.1924.

Der Kläger kaufte zusammen mit dem G. von dem Professor J. ein Auto, wobei der Kläger wie auch G. in eigenem Namen auftraten. J. übergibt das Auto einem Chauffeur, von dem es in den Besitz des G. gelangt. Der Kläger behauptet, das Auto stehe in seinem und des G. gemeinsamem Eigentum. Er fordert Aufhebung dieser Gemeinschaft, das Reichsgericht lehnt den Klageantrag ab.

Es kommt auf Grund verschiedener Umstände zu der Annahme, daß der Kläger als verdeckter Stellvertreter des G. gehandelt habe. G. erwerbe also mit der Übergabe teils aus eigenem dinglichem Vertrag, teils durch antizipiertes Besitzkonstitut unmittelbar Eigentum. Auch hier ist meines Erachtens ein gemeinsamer Erwerb des Klägers und des G. anzunehmen und eine Weiterübertragung des anteilsmäßigen Eigentums des Klägers an G. Das Ergebnis ist in beiden Fällen gleich.

§ 21. Die Zuwendung der Sache an den Vertreter.

„A. möchte C. ein Buch schenken. Er bestellt schriftlich bei dem Buchhändler B. das Buch und bittet diesen ohne nähere Angaben, es sogleich an C. zu senden. B. schickt das Buch an C., wobei sich aus der Übergabe des Buches nicht ergibt, ob B. den A. oder den C. zum Eigentümer machen will." Nach unseren vorhergehenden Ausführungen ist für die Übertragung der obligatorische Vertrag als Mittel der Auslegung bestimmend; es müßte danach A. Eigentümer werden. Dieses Ergebnis widerspricht jedoch so sehr den Anforderungen des Verkehrs, daß wir schon deshalb ge-

nötigt sind, für diesen Fall eine andere rechtliche Konstruktion zu suchen. Will der Verkäufer einer Gattungsware seiner Lieferungspflicht dadurch nachkommen, daß er seinerseits bei einem Dritten kauft und die Lieferung an seinen Gläubiger vereinbart, so muß dieser mit der Empfangnahme der Ware auch das Eigentum für sich erwerben. In der Tat ist dieses Ergebnis so gut wie unbestritten[1]). Seine Begründung ist jedoch durchaus verschieden. Dabei lassen sich insbesondere zwei grundlegende Ansichten unterscheiden. Die einen lassen den Vertreter unmittelbar von dem Veräußerer Eigentum erwerben; die anderen stellen sich einen rechtlichen Umweg über den Geschäftsherrn vor, sei es, daß sie diesem zunächst Eigentum zusprechen und sich eine gleichzeitige Weiterübertragung denken; sei es, daß sie als Voraussetzung für den Erwerb des Empfängers eine dingliche Zuwendung vom Geschäftsherrn an den Empfänger für notwendig halten. Schon für die römischen Quellen finden wir diese unterschiedliche Auffassung[2]).

So stützt sich Lenel bei der Begründung des unmittelbaren Erwerbes auf die Stellen des Julian und des Afrikan[3]). Er kommt zu dem Ergebnis, daß der Empfänger von dem Veräußerer Eigentum erwerbe, wenn zwischen beiden ein wirksames Zuwendungsgeschäft, etwa Schenkung oder Kauf, zustande gekommen ist[4]). Unter Anlehnung an Lenel wird die gleiche Ansicht von Draganesco[5]) vertreten. Diese Ansicht erscheint jedoch zu weitgehend. Ihr widersprechen für das römi-

[1]) Oertmann 1928 zu § 362,3 b δ; Cosack, § 160,III,1; vgl. Planck 1914 zu § 362,1 f; Staudinger 1930 zu § 362,2 b; RG. Bd. 53, S. 413 ff.; Bd. 87, S. 36 ff.

[2]) Vgl. Leonhard, Fahrnis, S. 93; Lenel, a. a. O., S. 98 ff.

[3]) l. 38 § 1 D. 46,3 de solut; l. 34 § 7 ebendort.

[4]) A. a. O., S. 112.

[5]) A. a. O., S. 111.

sche Recht die Quellenzeugnisse des Celsus, Ulpian und des Pomponius[1]).

Das BGB. ermöglicht auf verschiedenen Wegen den Erwerb des Empfängers. In allen Fällen ist jedoch die Ermächtigung des Empfängers durch den Herrn notwendig, nicht nur Besitz, sondern auch Eigentum in eigenem Namen zu erwerben. Der Geschäftsherr kann zunächst den Veräußerer veranlassen, sich selbständig gegenüber dem Empfänger zu verpflichten. Es ist dies der Fall der Anweisung (§§ 783 ff.). Diese Möglichkeit beschränkt sich jedoch auf Geld, Wertpapiere und sonstige vertretbare Sachen und ist außerdem an weitere Voraussetzungen gebunden. Mit der Leistung erfüllt der Angewiesene eine Schuld gegenüber dem Empfänger[2]). Der Empfänger erwirbt also entsprechend unseren früheren Darlegungen Eigentum unmittelbar von dem Angewiesenen. Die von Jhering[3]) gegen die Durchgangstheorie angeführten Bedenken bestehen zu Recht. Sie ist in diesem Falle theoretisch und praktisch verwerflich[4]).

Sodann kann der Geschäftsherr den unmittelbaren Erwerb des Empfängers dadurch bewirken, daß er ihn zum Gläubiger im Kausalverhältnisse macht. Dieser Möglichkeit widmet insbesondere Leonhard[5]) eine eingehende Betrachtung. Notwendig ist, daß der Empfänger in die Gläubigerstellung des Geschäftsherrn einrückt. Dieser muß also die Forderung aus dem Kausalverhältnis an den Empfänger abtreten. Der Sinn der dinglichen Einigung geht im Zweifel dahin, daß das Eigentum an den Gläubiger der Grundbeziehung

[1]) Siehe bei Leonhard ebendort.

[2]) Dies wird insbesondere von v. Tuhr, a. a. O., S. 1 ff., S. 46 hervorgehoben.

[3]) Jherings Jahrb. Bd. 2, S. 133 ff.

[4]) v. Tuhr, Jherings Jahrb. a. a. O., S. 46, 44.

[5]) A. a. O., S. 90.

übergehen soll. Das schuldbefreiende Moment der Übertragung ist maßgebend. Es erscheint daher nicht ungerechtfertigt, wenn Leonhard das Eigentum an den übergehen läßt, der wirklicher Gläubiger des Kausalverhältnisses ist. Der wirkliche Gläubiger ist aber in unserem Falle der Empfänger der Sache. Er erwirbt also unmittelbar Eigentum. Ob allerdings eine solche Abtretung vorliegt, ist in jedem einzelnen Falle zu entscheiden. Praktisch unterscheidet sich dieser Fall von dem folgenden der bloßen Erwerbsermächtigung dadurch, daß der neue Gläubiger sofort mit der Abtretung weitere Verfügungen treffen kann[1]).

Wir kommen somit zu dem Fall der bloßen Erwerbsermächtigung, der den Ausgangspunkt unserer Betrachtungen bildete und uns in seiner rechtlichen Konstruktion besondere Schwierigkeiten macht. Eine Rechtszuwendung liegt auch hier vor: C. ist ermächtigt, die Sache im eigenen Namen zu erwerben. Aber ebensowenig wie durch den obligatorischen Vertrag Eigentum übertragen werden kann, ist hier die Ermächtigung allein imstande, den unmittelbaren Erwerb des Empfängers ohne Kenntlichkeit zu bewirken. Es müssen weitere Voraussetzungen gegeben sein.

v. Tuhr[2]) hält an der Kausaltheorie fest. Durch die Übergabe an den Empfänger werde auch hier zunächst der Geschäftsherr Eigentümer, weil er Gläubiger des Kausalverhältnisses sei. Sein Eigentum werde jedoch schon mit der Übergabe nach § 929 Satz 2 an den Empfänger übertragen. Der § 929,2 verlange den Besitz des Erwerbers und eine Einigung zwischen diesem und dem Veräußerer. Der Empfänger komme durch die Übergabe in den Besitz der Sache. Die Einigung aber geschehe vorher. Sie werde gleichzeitig mit dem der Empfangsermächtigung zugrunde liegenden Vertrag

[1]) Leonhard, a. a. O., S. 91.
[2]) Jherings Jahrb. a. a. O., S. 41 ff.

abgeschlossen. Gegen eine solche vorweggenommene Einigung sprechen jedoch dieselben Gründe, die wir bereits gegen das antizipierte Besitzkonstitut angeführt haben. Auch hier weist das Gesetz ausdrücklich darauf hin, daß im Augenblick der Einigung der Erwerber im Besitz der Sache sein muß. Im übrigen werden auf das an anderer Stelle Gesagte verwiesen[1]). Leonhard[2]) kommt auf anderem Wege zu dem gleichen Ergebnis. Er geht davon aus, daß für den Erwerb des Empfängers die Rechtszuwendung nicht genüge; sie müsse vielmehr auch dinglich erfolgen. Dabei komme eine Übertragung nach § 931 in Frage: „Der Vertretene tritt dem Mittler den Herausgabeanspruch gegen den Veräußerer ab. Diese Abtretung erfolgt allerdings zu einer Zeit, wo der Vertretene noch nicht Eigentümer ist. Aber seine Verfügung wird nach § 185, II nachträglich wirksam. Durch die Abtretung erlangt dann der Mittler das Eigentum der Sache." Leonhard setzt also ebenfalls zwei dingliche Zuwendungen voraus.

Es sind zwei Fälle zu unterscheiden:

1. Der Empfänger schließt den obligatorischen Vertrag mit dem Veräußerer im Namen des Geschäftsherrn ab. Der Empfänger ist also Vertreter des Geschäftsherrn.

2. Der Geschäftsherr tätigt diesen Vertrag selbst unter Vereinbarung der Lieferung an den Empfänger, der in diesem Falle lediglich Leistungsempfänger ist. Die rechtliche Konstruktion der Eigentumsübertragung ist in beiden Fällen gleich und in folgender Weise denkbar:

Übergibt der Veräußerer die Sache dem Empfänger, nachdem er den obligatorischen Vertrag mit dem Geschäftsherrn getätigt hat, so bringt er damit zum Ausdruck, daß er die Sache dem Empfänger als Vermögensstück des Geschäftsherrn verschaffen will. Er schließt also bereits vor der Übergabe als Vertreter des Geschäfts-

[1]) Siehe § 6 dieser Arbeit.

[2]) A. a. O., S. 94 ff.

herrn mit sich in eigenem Namen gemäß § 181 einen dinglichen Vertrag ab, nach dem der Geschäftsherr Eigentümer wird. Die erforderliche Kenntlichkeit ist eben die Übergabe an den Empfänger. Der Herausgabeanspruch des Geschäftsherrn gegen den Veräußerer ist von ersterem an den Empfänger abgetreten, so daß dieser nach § 931 Eigentum erwirbt. Die Ansicht, daß eine zweite dingliche Zuwendung für den Erwerb des Empfängers notwendig ist erscheint auch praktisch gerechtfertigt. Sie bewährt sich vor allem durch die Unabhängigkeit der beiden Zuwendungen voneinander. Ist die Zuwendung des Vertretenen an den Empfänger mangelhaft, so wird die erste Zuwendung davon nicht berührt. Der Geschäftsherr wird billigerweise Eigentümer der Sache.

B.

§ 22. Die Vertretung des Veräußerers bei der Übertragung des Eigentums.

Sowohl der Erwerber wie der Veräußerer können bei der Eigentumsübertragung vertreten sein. War bisher die schwierigere Frage der Vertretung auf seiten des Erwerbers behandelt worden, so sei im folgenden die Möglichkeit einer solchen auf seiten des Veräußerers geprüft. Man hat darüber gestritten, ob bei der Vertretung des Veräußerers die Offenheit des § 164 notwendig ist, und die Mehrzahl der Autoren hat diese Frage verneint[1]). Doch scheint diese unterschiedliche Beurteilung auf die Verschiedenheit der Fragestellung zurückzugehen. Lautet die Frage, in welchen Fällen die Veräußerung dem Erwerber gegenüber als Rechtsgeschäft des Veräußerers gilt, so kann nur die Offen-

[1]) So Planck 1913 zu § 164,3c; Oertmann 1927 zu § 164,1eβ, S. 608; Brodmann zu § 929,1b; Kober zu § 929,II,1; Biermann zu § 929,3a; Lenel, a. a. O., S. 9; Rümelin, a. a. O., S. 183, 189; a. A. Leonhard, S. 106 ff.

heit der §§ 164 ff. maßgebend sein. Stellt man sie in der Richtung, wann durch die Tätigkeit eines Dritten Eigentum übergehen kann, so verliert das Offenheitsprinzip seine Bedeutung durch die Bestimmungen der §§ 932 ff., 185 BGB. Auch wenn der Dritte im eigenen Namen handelt, kann der Erwerber Eigentum erlangen. Häufig wird sich allerdings die Offenheit aus den Umständen ergeben. Das Kausalgeschäft ist dabei von großer Bedeutung, da im Zweifel anzunehmen ist, daß der Verpflichtete auch Eigentum übertragen will. Doch sind auch die sonstigen Umstände zu berücksichtigen. Der Kutscher des Brotwagens, der sich schon äußerlich als Firmenwagen darstellt, tritt im Namen des Inhabers auf. Ebenso kann es genügen, wenn die Brote eine bestimmte Art der Verpackung haben. In allen diesen Fällen kommt der Übertragungsvertrag zwischen dem Erwerber und dem Vertretenen zustande. Anders jedoch, wenn der Nichteigentümer die Veräußerung im eigenen Namen tätigt.

Die Offenheit der §§ 164 ff. hat hier lediglich die Wirkung, daß dem Mittler die rechtliche Stellung des Veräußerers zufällt[1]). Das Eigentum des Dritten geht trotzdem auf den Erwerber über. Zunächst besteht die Möglichkeit, daß das Eigentum mit Einwilligung des Eigentümers veräußert wird, so daß die Verfügung des Nichtberechtigten nach § 185, I wirksam ist. Weiter kann die Genehmigung der Verfügung nachträglich durch den Berechtigten erfolgen, § 185, II. Zwar weist Leonhard mit Recht darauf hin, daß der Erwerber gerade, weil hier noch eine Zustimmung des Berechtigten nötig ist, ein Interesse an der Offenheit des Geschäftes habe; aber das schließt nicht aus, daß in den Fällen des § 185 auch ohne Offenheit das Eigentum übergehen kann. Die Gefahr, daß mangels der Zustimmung Eigentum nicht übertragen wird, ist außer-

[1]) Leonhard, ebendort.

dem durch die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb gemildert. Hier ist allerdings die Offenheit des Geschäfts für den guten Glauben des Erwerbenden wesentlich. Vertraut der Erwerber auf Grund der ihm gegenüber noch wirksamen Vollmacht (§ 168 ff.) auf das Eigentum des Vertretenen, wenn der in fremdem Namen auftretende Mittler unbefugt veräußert, so befindet er sich im guten Glauben. Umgekehrt ist das Vertrauen auf die Berechtigung des Mittlers maßgebend, wenn dieser in eigenem Namen auftritt[1]).

Die Sache muß ferner dem Erwerber übergeben werden. Hierbei ist es gleichgültig, ob der Erwerber die tatsächliche Gewalt von dem im fremden Namen auftretenden Besitzmittler oder Besitzdiener erhält. Anders, wenn der Erwerb auf Grund der §§ 932 ff. stattfindet. Hier ist der Besitz des Veräußerers Voraussetzung für den Schutz des guten Glaubens. Von einem Besitzdiener ist daher ein gutgläubiger Erwerb nicht möglich. Durch die Weggabe greift der Besitzdiener in den Besitz des Herrn gegen dessen Willen ein. Der Erwerb ist also nach § 935 ausgeschlossen, da die Sache dem Eigentümer abhanden gekommen ist.

c.

§ 23. Die Vertretung bei der Ersitzung, Vermischung und Verarbeitung.

Es bleibt noch ein Blick zu werfen auf die übrigen Arten des Eigentumserwerbes, ob sie einen Erwerb durch Mittelspersonen zulassen und ob dieser Erwerb nach den Vorschriften über die Vertretung zu beurteilen ist.

Voraussetzung der Ersitzung (§§ 937 ff.) ist der Eigenbesitz in gutem Glauben. Eigenbesitz hat, wer eine Sache als ihm gehörend besitzt. Auch der mittelbare Besitzer kann danach Eigenbesitzer sein. Es besteht

[1]) Leonhard, a. a. O., S. 107.

daher insofern die Möglichkeit, daß ein Dritter bei der Ersitzung mitwirkt. Da aber die subjektiven Voraussetzungen nur bei dem Ersitzenden gegeben sein müssen, kann von einer Stellvertretung nicht die Rede sein[1]). Das gleiche gilt für den Erwerb durch Vermischung und Verbindung (§§ 946 ff.), da die Voraussetzungen dieses Erwerbs allein schon durch den tatsächlichen Erfolg gegeben sind, unabhängig davon, ob eine menschliche Handlung oder Naturkräfte diesen Erfolg hervorgerufen haben.

Anders bei der Verarbeitung (§ 950). Der Arbeiter, der Geselle, die Hausschneiderin, sie alle erwerben an der hergestellten Sache einem anderen Eigentum. Besteht danach über die Möglichkeit einer Verarbeitung für einen anderen kein Zweifel, so ist doch die Abgrenzung wie auch die rechtliche Begründung dieses Erwerbs außerordentlich streitig. Die Verarbeitung gehört zu den Realakten[2]). Die Handlung, durch welche aus fremdem Stoff neue Sachen hergestellt werden, ist ein natürlicher Vorgang, ohne irgendwelche inneren Merkmale. Zwar wird auch bei der Verarbeitung eine Willensrichtung des Handelnden regelmäßig vorliegen; aber dieser Wille ist für die Rechtswirkungen unerheblich. Er ist auf den tatsächlichen Erfolg gerichtet und völlig verschieden von dem auf den Rechtserfolg gerichteten Willen, den das Gesetz als Voraussetzung der Willenserklärung erfordert. Eine unmittelbare Anwendung der Vorschriften über die Stellvertretung ist daher nicht möglich. Diese Ansicht darf heute als unbestritten gelten, wenn auch einige ältere Autoren entgegengesetzter Meinung sind[3]). Der Streit geht vielmehr darum, ob eine analoge Anwendung des § 164 ff.

[1]) Leonhard, Fahrnis, S. 111.

[2]) Herrschende Meinung; vgl. Enneccerus, I, S. 338; Biermann, § 950,1; Planck-Brodmann zu § 950; Kober zu § 950.

[3]) Kuhlenbeck, Bd. II, S. 540; Kohler, Autorrecht, S. 134.

möglich ist, oder ob man in den Fällen der Fremdwirkung die Rechtswirkung an rein tatsächliche Voraussetzungen knüpfen soll. Ist der Wille des Arbeiters für den Fremderwerb unerheblich, so darf er auch nicht auf Umwegen zu maßgebender Bedeutung kommen; der gute oder böse Glaube des Verarbeitenden spielt keine Rolle. Ebensowenig darf daher die Auffassung vertreten werden, daß der § 950 dispositives Recht enthalte[1]). Ihr tritt Tobias[2]) entgegen, indem er überzeugend darlegt, daß Parteivereinbarungen auf dem Gebiete des § 950 kein Raum gegeben ist.

Die Mehrzahl der Schriftsteller sucht die Fremdwirkung aus wirtschaftlichen Erwägungen heraus zu begründen. So sieht Brodmann[3]) in dem Gegensatz der selbständigen zur unselbständigen Arbeit das entscheidende Moment. Kober[4]) meint, als Hersteller gelte nach der Auffassung des Verkehrs auch, wer zur Anfertigung der Sache fremde Hilfe in Anspruch nehme. Die Arbeit der Gesellen und Dienstboten gelte daher als Arbeit des Meisters oder Arbeitgebers, besonders wenn der Verarbeitende in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis tätig sei, demzufolge er den Weisungen des Prinzipals unterworfen sei. Ebenso erachtet Neumann[5]) eine entsprechende Anwendung des § 855 für richtig. Wie bei der tatsächlichen Ausübung der Gewalt über eine Sache gemäß § 855 eine Stellvertretung durch den Besitzdiener stattfinden könne, so trete die Fremdwirkung bei der Verarbeitung ein, wenn der Verarbeitende seine Tätigkeit in einem der im § 855 genannten Verhältnisse ausübe.

[1]) So v. Bonim, a. a. O., S. 121; vgl. auch Brodmann zu § 950,3; Kober, Vorbem. III vor §§ 946 ff.

[2]) A. a. O., S. 461.

[3]) Planck-Brodmann zu § 950,1 c.

[4]) Staudinger-Kober zu § 950,1 b.

[5]) A. a. O. zu § 950, S. 717.

Leonhard[1]) weist auf denselben Zusammenhang hin. Manigk[2]) läßt die wirtschaftliche Auffassung entscheiden. Unmöglich könne dem Arbeitsherrn das Eigentum entzogen werden, weil er nicht Hand anlege, sondern seine Leute arbeiten lasse. Der Erwerb durch Verarbeitung wurzele in einem Zugeständnis an den wirtschaftlichen Produzenten, nicht an den persönlich Arbeitenden. Daher erwerbe Eigentum, wer die Fabrikation, Produktion und Spezifikation wirtschaftlich und kapitalistisch betreibe, nicht der, welcher zufällig eine der vielen notwendigen Handlungen ausführe. Nach Sinzheimer[3]) besteht kein Rechtssatz, der den Erwerb des Arbeitsherrn begründet. Vielmehr sei dieser Satz als rudimentärer Rechtszustand der unfreien Abhängigkeitsverhältnisse übriggeblieben. Wie der Sklave und Haussohn des römischen Familiarrechts, so erwerbe der Arbeitnehmer den Arbeitgeber.

Nur wenige Schriftsteller sind der Ansicht, daß bei der Verarbeitung eine analoge Anwendung der Vorschriften über die Stellvertretung möglich sei[4]). So hat sich zunächst Jhering[5]) dafür ausgesprochen, daß eine Gehilfenschaft und eine Vertretung stattfinde. Ebenso spricht Leonhard[6]) davon, daß „eine Art Stellvertretung" zuzulassen sei. Demgegenüber muß betont werden, daß eine Notwendigkeit, die Vorschriften der §§ 164 ff. analog anzuwenden, nicht gegeben ist. Es sei auch hier auf die Besitzdienstverhältnisse hingewiesen. Eine bessere Abgrenzungsmöglichkeit ist mit der Annahme der Stellvertretung nicht gewonnen, da die gleichen Schwierigkeiten bei der Frage auftreten, wann eben eine Vertretung angenommen werden kann.

[1]) Fahrnis, S. 113.
[2]) Willenserklärung, S. 669.
[3]) A. a. O., S. 23.
[4]) Klumpen, Diss. 1928, a. a. O., S. 39; S. 64 ff.
[5]) Jahrb. Bd. 1, S. 334.
[6]) Fahrnis, S. 113.

Leonhard meint, die analoge Anwendung der §§ 164ff. habe den Vorzug, daß sie das Offenheitsprinzip notwendig für die Verarbeitung betone. Das ist richtig. Aber auch die entgegenstehende Auffassung muß zu dem Merkmal der Offenheit gelangen, da nach ihr für die Beurteilung der Wirkungen einer Verarbeitung letzthin allein objektive Umstände maßgebend sind.

D.

§ 24. Die Vertretung beim Fruchterwerb und bei der Aneignung.

Der Erwerb an Früchten und Bestandteilen einer Sache (§ 956) ist hier nur so weit von Interesse, als er auf Besitzergreifung beruht. Wohl kann bei dem Erwerb durch Trennung eine menschliche Handlung die Trennung verursachen; aber ebensowenig wie bei der Verbindung und Vermischung ist sie für den Eintritt der Rechtsfolge wesentlich. Ist somit in letzterem Falle ein Erwerb durch Mittelspersonen ausgeschlossen, so ist er bei dem Erwerb durch Besitzergreifung doch streitig.

Leonhard[1]) geht davon aus, daß es keine Vertretung im Besitz gebe. Die Besitzergreifung könne daher nur durch die Person erfolgen, welche die Gestattung dazu von dem Eigentümer oder dem sonst unmittelbar Berechtigten erhalten habe. Dies erscheint jedoch zu weitgehend. Wo jemand durch Angestellte oder Beauftragte die Einerntung von Früchten vornehmen läßt, muß billigerweise ein unmittelbarer Eigentumserwerb möglich sein. Ist die Mittelsperson ein Besitzdiener, so macht die rechtliche Konstruktion keine Schwierigkeiten. Erlangt der Besitzdiener innerhalb seines Geschäftsbereiches die Sache, so ergreift er nach § 855 für seinen Herrn Besitz[2]). Es können jedoch Zweifel

[1]) Fahrnis, S. 113.

[2]) Rümelin, a. a. O., S. 280; Manigk, Willenserklärung, S. 670.

auftreten, wenn die Mittelsperson nicht in einem Besitzdienstverhältnis steht. Hier ist allerdings eine Stellvertretung im Besitzerwerb ausgeschlossen. Ein unmittelbarer Erwerb ist denn auch von Manigk in diesen Fällen abgelehnt worden; jedoch zu Unrecht. Schon praktische Gründe sprechen für die gegenteilige Ansicht. Nach Leonhard und ebenso nach Manigk wäre der Geschäftsherr gezwungen, zunächst selbst Besitz zu ergreifen, um die Sache dann dem Mieter, Entleiher zu übergeben. Dies bedeutet eine unbillige Erschwerung, aber auch eine große Gefahr für den, der in Unkenntnis der rechtlichen Beurteilungsmöglichkeit die Sache durch den Entleiher in Besitz nehmen läßt, ohne selbst auch nur vorübergehend die tatsächliche Gewalt zu ergreifen. Er hätte im Konkurs des Gestattenden nur ein Recht auf anteilsmäßige Befriedigung. Rümelin[1]) kommt daher zu einem anderen Ergebnis. Nach ihm ist der objektive Sinn der Besitzergreifung maßgebend. Es genüge also die Erlangung der tatsächlichen Gewalt durch einen Besitzmittler, wenn sie objektiv auf den Erwerb des Herrn hinweise. Letzteres beurteile sich nach dem Kausalverhältnis zwischen Herrn und Mittler. Ist das Ergebnis Rümelins durchaus zu billigen, so ist doch seine Begründung nicht unbedenklich. Leonhard weist mit Recht darauf hin, wie unbillig es im Einzelfall sein kann, den Schutz des gutgläubigen Erwerbs für den Geschäftsherrn schon mit der Besitzerlangung eintreten zu lassen. Aber diese Schwierigkeit läßt sich auch hier meines Erachtens durch eine Anwendung des § 931 umgehen: Erlangt der Mittler Besitz, so wird zunächst der Gestattende Eigentümer (§ 953). Jedoch durch eine stille Abtretung des Herausgabeanspruchs an den Geschäftsherrn erlangt dieser gleichzeitig nach § 931 das Eigentum an der Sache. Der Schutz des gutgläubigen

[1]) A. a. O., S. 280.

Erwerbs bestimmt sich in diesem Falle nach § 934. Der Geschäftsherr wird erst mit der Erlangung des unmittelbaren Besitzes Eigentümer.

Ähnliche Zweifelsfragen treten bei der Aneignung auf (§ 958). Leonhard[1]) lehnt auch hier die Möglichkeit eines Erwerbes durch Mittelspersonen ab. Für eine solche Vertretung liege kein praktisches Bedürfnis vor. Wenn die herrschende Meinung auf das Beispiel des Jagdgastes hinweise, so sei dies deshalb falsch, weil auf Grund noch geltenden Landesrechts der Jagdherr schlechthin alles erlegte Wild erwerbe. Demgegenüber weist jedoch Rümelin[2]) darauf hin, daß, wenn dies auch für das preußische Landesrecht zutreffe, es doch nicht für alle Landesrechte gelte. So habe das Württembergische AG. Art. 206 diese Auffassung zweifellos abgelehnt. Es bestehe aber sonst die Notwendigkeit einer Aneignung durch Mittelspersonen: So müsse der Fischerknecht seinem Herrn erwerben. Dieser Ansicht ist m. E. zuzustimmen. Sie mag durch ein weiteres Beispiel begründet werden. Der Forscher, der eine seltene Raupe entdeckt und seinen Diener beauftragt, diese an sich zu nehmen, muß billigerweise unmittelbar Eigentum erwerben. Die Frage kann also für uns nur dahin lauten, wie diese Fälle des Erwerbes durch eine Mittelsperson von denen des Eigenerwerbs abzugrenzen sind. Jhering[3]) sieht das entscheidende Merkmal darin, ob die Mittelsperson die Pflicht habe, für einen anderen zu erwerben. Diese Auffassung erscheint jedoch bedenklich: vom rechtlichen Standpunkt aus, da dem obligatorischen Verhältnis damit dingliche Wirkungen zugelegt würden; vom praktischen, da man bei anderweitiger Verfügung den Mittler wegen Unterschlagung bestrafen müßte und

[1]) A. a. O., S. 113.
[2]) A. a. O., S. 270.
[3]) Jahrb. Bd. 1, S. 374.

dies vielfach unbillig erscheint[1]). Diese Bedenken sucht Rümelin[2]) zu vermeiden, indem er nicht schlechthin allen obligatorischen Beziehungen diese Bedeutung zulegt. Nur solche Beziehungen bewirken nach seiner Meinung den unmittelbaren Erwerb des Dritten, bei denen nach der Verkehrsanschauung die Mittelsperson durch ihre persönliche Pflicht, für einen anderen tätig zu werden, gleichzeitig dinglich gebunden sei[3]). Damit ist aber nur eine wenig brauchbare Lösung gefunden, abgesehen davon, daß hiergegen die gleichen rechtlichen Bedenken geltend gemacht werden können. Rümelin selbst schränkt seine Auffassung ein, indem er zugibt, daß im einzelnen trotzdem Differenzen entstehen könnten; etwa wenn die Mittelsperson offensichtlich anders gehandelt habe. Völlig verschieden hiervon begründet Manigk[4]) die Möglichkeit der Aneignung durch Mittelspersonen. Er unterscheidet Willenserklärungen und Willensgeschäfte, die ihrerseits beide zu der Gruppe der Rechtsgeschäfte gehören. Eine Willenserklärung sei eine Willensäußerung in Rechtsfolgeabsicht, die nach dem Gesetz notwendig einen Kundgebungsgegner haben müsse. Willensgeschäft sei eine solche Willensäußerung ohne notwendigen Kundgebungsgegner. Die Aneignung sei ein Willensgeschäft. Eine unmittelbare Anwendung der §§ 164 ff. sei daher nicht möglich. Da jedoch auch bei den Willensgeschäften ein Rechtsfolgewillen notwendig sei, könne eine analoge Anwendung der Stellvertretungsgrundsätze insofern stattfinden, als auch in den §§ 164 ff. der Vertreterwille maßgebend sei. Müsse nach den §§ 164 ff. der Vertreterwille dem Kundgebungsgegner gegenüber erklärt sein, so genüge hier der irgend-

[1]) Vgl. hierzu die bei Leonhard a. a. O. angeführten Beispiele.

[2]) A. a. O., S. 270 ff.

[3]) Ebendort, S. 274.

[4]) Willenserklärung, S. 584 ff.

wie kennbar gewordene Wille. Maßgebend seien daher die Indizien, die auf einen solchen Willen des Vertreters schließen ließen. Die Berechtigung einer solchen Einteilung der Rechtsgeschäfte ist jedoch sehr zweifelhaft. Jede Willensäußerung mit Rechtsfolgewillen hat begriffsnotwendig einen Kundgebungsgegner. Nur braucht dieser Kundgebungsgegner im Augenblick nicht fest bestimmt zu sein, ebensowenig wie ein sofortiger Zugang notwendig ist[1]. Muß somit einerseits die rechtliche Begründung Manigks abgelehnt werden, so sind andererseits die Grenzen eines Erwerbes durch einen anderen zu weit gezogen. „Ein Afrikareisender verpflichtet sich einem Förderer seines Unternehmens gegen eine feste Summe zum Mitbringen seltener Tiere[2])." Erklärt er etwa einem Eingeborenen, daß dieses Tier X. haben solle, so kann dieser damit nicht schon Eigentum erworben haben. Ein Indiz des Vertreterwillens ist zwar gegeben; trotzdem wird der Forscher zunächst Eigentümer; ihm bleibt die Möglichkeit, seinen Willen zu ändern und andere Tiere zu bestimmen.

Eine klare und billige Entscheidung ist meines Erachtens auch hier durch das Besitzdienstverhältnis gegeben. Der Dienstherr erlangt den Besitz; er selbst muß den Willen haben, die Sache als ihm gehörend zu besitzen. Damit sind die Voraussetzungen des § 958 erfüllt. Allerdings ist ebenso wie bei der bloßen Besitzerlangung notwendig, daß der Diener innerhalb seines Geschäftsbereiches die tatsächliche Gewalt erlangt, und ebenso wie dort spielt sein abweichender Wille keine Rolle. Man könnte entgegnen, daß der Jagdgast nicht Besitzdiener sei. Er könne daher nach der hier vertretenen Auffassung nicht dem Jagdherrn erwerben. Dieses Argument ist jedoch nur scheinbar durchschlagend. Das ausschließliche Aneignungsrecht begründet in bezug auf den Eigen-

[1]) Vgl. die Ausführungen Manigks, S. 313 ff.

[2]) Siehe dieses Beispiel bei Leonhard, a. a. O., S. 115.

tumserwerb eine Art Herrschaftsverhältnis des Jagdberechtigten. Wer mit seiner Erlaubnis bei der Jagd mitwirkt, untersteht insofern seinem Herrschaftsbereich. Wir können daher mit Recht dieses Verhältnis unter die „ähnlichen Verhältnisse" des § 855 einordnen, wenigstens was den Eigentumserwerb durch Aneignung anbelangt.

Lebenslauf.

Am 8. November 1903 wurde ich zu Düsseldorf als Sohn des Rektors Peter Klumpen geboren.

Von Ostern 1913 bis 1922 besuchte ich das Real-Reformgymnasium an der Rethelstraße, um dort die Reifeprüfung zu bestehen. Nach einhalbjähriger praktischer Tätigkeit ließ ich mich an der Technischen Hochschule in Karlsruhe immatrikulieren und legte nach vier Semestern das Vorexamen, nach weiteren fünf das Hauptexamen an der Abteilung für Maschinenwesen ab. Anschließend widmete ich mich dem Studium der Rechte an der Universität Marburg, wo ich insbesondere Professor Dr. Leonhard, Professor Dr. Jung und Professor Dr. Manigk hörte. Nach fünf Semestern bestand ich bei dem Oberlandesgericht zu Kassel am 17. Juli 1930 die erste juristische Staatsprüfung.

Düsseldorf, 1. Mai 1931.